Der Begriff des Besitzes

nach

dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Karl Brunswig

aus Neustrelitz.

ACAD. LUGDBAT. BIBL.

Rostock 1904.

Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549203_0038

Literatur-Angabe.

Affolter, Das Willensmoment beim Besitzerwerb.
Baron, I. J. Bd. 29, 30.
Bekker, I. J. 30, 34. Bernhöfts Beitr. Heft I.
Bendix, Die Besitzlehre.
Burghoff, Besitzwille 1900.
Cosack, Bekkers und Fischers Beitr. Heft 13.
Frank, Der Besitzwille.
Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes d. B. G. B.
Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht. 1888.
Hess, Besitzen heisst gesichert sein.
Ihering, Besitzwille. 1889.
Kuntze, Zur Besitzlehre.
Kniep, Der Besitz d. B. G. B. 1900.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum B. G. B.
Reatz, Gegenüberstellung des E. I und II.
Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl. 1865.
Turnau-Foerster, Liegenschaftsrecht.
Thoma, Bedeutung des Besitzwillens.
Strohal, Der Sachbesitz nach dem B. G. B. 1897.
Wendt, Im Archiv für die civilistische Praxis, 24. Deutscher Juristentag, Bd. III.
Wolff, Der Begriff des Besitzes, sowie die bekannteren Kommentare und Lehrbücher des B. G. B.

Disposition.

I. Der Begriff der tatsächlichen Gewalt.

II. Das Recht des Besitzes.

a. Die Rechte des unmittelbaren Besitzers.

b. Die Rechte des mittelbaren Besitzers.

III. Ist der Besitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein Recht?

Schluss.

Der Entwurf 1 zum B. G. B. hatte die Inhabung (§ 797) als tatsächliche Gewalt bezeichnet. Dieser Ausdruck wurde von Ihering in seinem „Besitzwillen" ungemein heftig bekämpft. Er warf den Verfassern des Entwurfs vor, sie hätten gedankenlos die in den Lehrbüchern seit Savigny einmal übliche Definition übernommen, ohne sich darum zu kümmern, ob seine Formel dem Leben entspreche. Das sei in Wirklichkeit aber nicht der Fall. Denn es sei einmal nicht richtig, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt habe. Ihering weist auf die römischen Verhältnisse hin. (Seite 480.) „Der Eigentümer schickte treue zuverlässige Sklaven oft auf weite Reisen, sie vermittelten den Briefverkehr, der Darleiher der pecunia trajecticia sandte sie mit dem Schiff in die Fremde, der Reeder bemannte mit ihnen das Schiff und manche von ihnen waren selbst dauernd an fremden Handelsplätzen ansässig, um die Handelsgeschäfte des Herrn zu vermitteln. Und alle diese Sklaven, die frei herumgingen und jeden Moment sich aus dem Staube machen konnten, wären in der tatsächlichen Gewalt des Herrn gewesen? Dann befindet sich auch der Vogel auf dem Baum, das Wild im Wald, der Fisch im Wasser in meiner tatsächlichen Gewalt."

Und wie häufig der Besitzer keine tatsächliche Gewalt habe, so habe tatsächliche Gewalt, wer doch nicht als Besitzer angesehen werden dürfe.

Das häusliche,
das momentane,
das prokuratorische

Detentionsverhältnis dürfe gegenüber dem „Besitzherrn“ nicht possessorisch geschützt werden. Nach dem Entwurf könne ein Dienstmädchen die Räumung der ihr zugewiesenen Kammer verweigern; der Dienstherr, der sie zwänge, beginge verbotene Eigenmacht; denn sie habe ja die tatsächliche Gewalt. Das sei unvereinbar mit den Forderungen des Lebens. An das wirtschaftliche Moment müsse der Besitz geknüpft werden. Besitz sei das tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache, welches durch den Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung geboten sei.

Diesen Ausführungen hat sich Baron in einem Aufsatz über den Besitz im allgemeinen angeschlossen; vgl. I. J. Bd. 39. Nur verneint er die Notwendigkeit, dem prokuratorischen Inhaber den Besitzesschutz zu versagen. Denn es lasse sich nicht glatt entscheiden, wann prokuratorische Detention vorliege. Der Besitzschutz habe für den prokuratorischen Inhaber allerdings nur den Wert, dass von ihm der Satz gelte: vim vi repellere licet. Eine Besitzesklage will Baron wegen mangelnden Interesses nicht geben, und er beruft sich dafür auch auf die Entscheidungen des P. O. T. Bd. 50,

S. 75. (Der Besitz des prokuratorischen Detentors wird auch verteidigt von Planck: Zur Kritik des Entwurfs eines bürg. Gesetzbuches, Bd. 75 A. f. d. c. P. Cosack, Beiträge, Heft 13 S. 17.)

Die harte Kritik Iherings hat allerdings nicht zur Annahme seiner Formel für das B. G. B. geführt. Die Protokolle begründen die Beibehaltung des ursprünglichen Ausdrucks genauer. Speziell gegen Ihering wird ausgeführt: „Der Tatbestand dieses Verhältnisses sei ein, wenn auch nicht das einzige Kennzeichen für das Vorhandensein des Besitzes, die Herstellung desselben sei aber zum Erwerbe des Besitzes in manchen Fällen nicht erforderlich, in manchen nicht genügend.“ (Protokolle S. 3335.)

Dennoch ist die Kritik Iherings nicht ganz ergebnislos gewesen.

Der jetzige § 855 verdankt ihr sein Dasein. Man kann das insofern mit Freuden begrüssen, als dadurch die Absichten des Gesetzgebers deutlicher geworden sind; in gewisser Beziehung aber trägt der Paragraph auch zur Verwirrung der Begriffe bei. Denn er ist eigentlich überflüssig.

Iherings Kritik „der tatsächlichen Gewalt“ war unberechtigt. Ohne weiteres hat er diesen Ausdruck für gleichbedeutend mit der Savigny-schen Umschreibung der Detention gehalten. Legt man allerdings diese zugrunde und definiert man mit Savigny die tatsächliche Gewalt als den Zustand: „in welchem nicht nur die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich ist, sondern

auch jede fremde Einwirkung verhindert werden kann" (Recht des Besitzes S. 26, 7. Aufl.), so hätte in der Tat der Entwurf den Besitz sehr unzureichend geregelt.

Diese Definition ist natürlich nicht zutreffend und ist schon durch den einen Einwand zu erledigen, dass der ganze Besitzesschutz ja das überflüssigste Institut der Welt wäre, wenn wirklich der Besitzer jede fremde Einwirkung verhindern könnte. Gerade für den Fall, dass sie nicht verhindert worden ist, treten ja die Wirkungen ein, die an den Besitztatbestand vom Recht geknüpft werden.

Auf der anderen Seite ist sicherlich dem Besitzer nicht immer, ja sogar meistens nicht die physische Einwirkung auf die Sache möglich. Der reiche Bankier bleibt aber auch an der Riviera Besitzer seiner Villa im Grunewald. Und streicht man, um dieser Konsequenz zu entgehn, mit Windscheid den zweiten Teil der Savignyschen Definition, nennt also tatsächliche Gewalt „die Möglichkeit, auf eine Sache physisch einzuwirken", so werden die Ergebnisse noch wunderbarer; denn Besitzer eines Hauses ist ja im Grunde dann, wer dessen Fenster einwerfen kann. Dasselbe gilt auch gegen Cosack, der im „Besitz des Erben 1877" diesen als „Unterwerfen können" bezeichnet. (S. 18.)

Alle diese Sonderbarkeiten hatte Ihering vor Augen, als er gegen die tatsächliche Gewalt zu Felde zog. Sein Irrtum aber war, dass er diese Sonderbarkeiten für das Gefolge der Formel „tatsächliche Gewalt" hielt.

Ihering hatte für das gemeine Recht als Besitzkorpus dasjenige tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache bezeichnet, welches durch den Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung geboten sei. Ihm folgt Pininski, wenn er an die Stelle der Kategorie der tatsächlichen Gewalt „die Kategorie des wirtschaftlichen Dienens der Sache, der wirtschaftlichen Verbindung der Sache mit der Person setzt." Wie Windscheid Seite 670 richtig weiter ausführt, ist Dienen gleich Gewalt, nur von der anderen Seite gesehn. Sonach ist Besitz nach Pininski wirtschaftliche Gewalt; was sich wiederum mit Iherings Tatsächlichkeit des Eigentums sehr nahe berührt.

Man kann vielleicht fragen, ob diese Ansichten hier zu prüfen sind; denn in das B. G. B. ist doch jedenfalls der Ausdruck „tatsächliche Gewalt" aufgenommen worden, und diesen im Sinne Iherings auszulegen, heisst die Kunst der Interpretation vielleicht zu weit treiben. Hat doch nach den Motiven die Kommission den Iheringschen Vorschlag mit gutem Bedacht verworfen. Auf der anderen Seite aber unterliegt es keinem Zweifel, dass die Verfasser des B. G. B. sich bei der Wahl ihres Ausdrucks der wichtigen Rolle bewusst waren, die die Wissenschaft bei der Umgrenzung dieses Begriffes zu spielen habe. Das zeigen die Motive Seite 80 ff. und die Protokolle Seite 3330 ff. ganz deutlich. Ausserdem ist meiner Ansicht nach dieser Ausdruck so farblos, dass er der Inter-

pretation den weitesten Spielraum lässt. Wenn also die Iheringsche Umschreibung den Tatsachen wirklich so entspricht, wie er annimmt, so können wir sie auch ohne weiteres für das B. G. B. akzeptieren.

Schon Dernburg hatte gegen Ihering ausgeführt, dass man doch auch Besitzer der Bücher bleibe, die man in die Speisekammer stelle. obwohl dies nicht die Lage sei, die ihrer wirtschaftlichen Bestimmung entspreche. Ihering hat allerdings (Besitzeswillen, S. 481 Anm.) diesen Mann für einen Narren erklärt und dann weiter gemeint, dass eine Theorie nicht für Narren, sondern für vernünftige Leute zugeschnitten sein müsse. Aber der Einwand bleibt bestehen. Denn man muss doch wohl die typische zweckentsprechende Lage der Gegenstände ins Auge fassen und mit der konkreten Lage vergleichen. Stimmen beide nicht zusammen, so ist das „normale Verhältnis" von Person zur Sache gestört. Wenn anders, so richten sich gegen Ihering die Vorwürfe, die er gegen die individuelle Methode beim Beweis des Besitzwillens richtet. Zuzugeben ist Ihering, dass das Dernburgsche Beispiel schlecht gewählt ist. Aber man denke an folgende Fälle: Kohlen sind vor einem Hause abgeladen, ein Käufer lässt sein Fahrrad vor dem Laden stehen, beim Umzug bleibt ein Klavier auf der Strasse stehen, man belegt Plätze im Eisenbahnabteil mit Gepäck usw. Alles dies sind zweifellos Tatbestände, wo die Lage der Sachen ihrem wirt-

schaftlichen Zweck nicht entspricht. Und doch würde niemand sagen: Holz und Kohlen lässt man nicht auf der Strasse liegen, sondern bringt es in den Holzstall, die Klaviere stehen im Musikzimmer, nicht auf der Strasse, — die Sachen waren also in niemandes Besitz.

Man sieht also, dass Ihering ebensowenig wie Savigny fehlerlos arbeitet.

Vor allen Dingen ist aber, wie die Motive sehr richtig hervorheben, gegen die Iheringsche Formel einzuwenden, dass sie die Fälle der Besitzbegründung nicht umfasst. Besitz könnte nach Ihering nur dadurch begründet werden, dass eine Sache in ein Verhältnis zu dem Erwerber gebracht würde, welche ihrer wirtschaftlichen Bestimmung entspräche. Das ist aber entschieden zu eng. Man nehme z. B. den Fall, dass jemand Holz, welches im Wald aufgeschichtet liegt, gekauft hat. Dann kann in einer Markierung der Stämme sehr wohl eine Besitzübertragung liegen. Das nach Ihering erforderliche Verhältnis ist aber unstreitig damit noch nicht hergestellt, bleibt vielmehr noch der Zukunft vorbehalten.

Pininskis Definition ist insofern fehlerhaft, als er die wirkliche Nutzung entscheiden lässt, die gleichgültig ist und gleichgültig bleiben muss, da kein Mensch dem Besitzer vorschreiben kann, was er mit der Sache machen soll. Dass durch blosses Nichtgebrauchen der Besitz der Sache verloren geht, entspricht aber nicht den Anschauungen des Lebens.

So kehrt denn auch Cosack zu der alten Anschauung zurück.

Nach ihm (S. 60 ff. Bd. II) herrscht jemand über eine Sache, wenn er selber auf sie einzuwirken und zugleich die Einwirkungen anderer von ihr abzuhalten vermag, tatsächlich herrscht er, „wenn seine Herrschaft nicht auf blossen Rechtsansprüchen beruht, deren Verwirklichung erst für eine nahe oder fernere Zukunft erwartet wird, sondern wenn sie bereits mit oder ohne Recht erfolgreich durchgeführt, also gegenwärtig geworden ist."

Wie man sieht, ist dies fast völlig die Savignysche Ansicht. Wir müssen uns aber doch mit ihr beschäftigen und können nicht einfach auf das gegenüber Savigny bemerkte verweisen. Denn Cosack versucht die Gefahren, die jene Definition mit sich brachte, zu vermeiden, indem er den § 856 II verwendet.

In allen Fällen nämlich, wo nicht eine „gegenwärtige" Möglichkeit zu der Einwirkung besteht, nach dem juristischen Takt Cosacks aber doch Besitz als bestehend angenommen werden muss, ist ihm diese Nichtmöglichkeit „eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt."

Das Wort vorübergehend findet sich noch an einer anderen Stelle im B. G. B. und zwar im § 95:

„Zu den Bestandteilen eines Grundstücks gehören solche Sachen nicht, die nur zu einem vor-

übergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind."

Durch die Praxis ist dieser Paragraph dahin interpretiert worden, dass ein Pächter eine Verbindung stets nur zu einem vorübergehenden Zweck vornehmen könne, nämlich zur Ausübung und für die Dauer seines Pachtrechtes. (Seufferts Archiv 57 S. 586.) Somit wird man auch bei diesem Paragraphen nichts dagegen erwidern können, das Wort „vorübergehend", abweichend vom gewöhnlichen Sprachgebrauch, zur Bezeichnung einer längeren Zeit zu verwenden.

Aber wenn wirklich Fälle wie längere Reise, Krankheit etc. unter diesen Begriff fallen, so wird doch die Sache schon zweifelhaft bei Krankheiten, die ihrer Natur nach nicht vorübergehend sind, wie Geisteskrankheiten. Keinem Menschen fällt es natürlich ein, in solchen Fällen Besitz des betreffenden Kranken leugnen zu wollen, aber Cosacks Definition müsste dazu führen.

Gleich der Cosackschen steht die Theorie von Hess, die dieser in seinem Werk „Besitzen heisst gesichert sein" für das gemeine Recht aufgestellt hat, auf dem Savignyschen Boden. Sie bietet jedoch auch soviel neues, dass hier auf sie eingegangen werden muss. Hess wendet sich gegen die bisherigen Theorien (S. 3 ff.), indem er sagt: „Man suchte den Besitz in der Objektivität, hielt ihn für etwas momentan objektives, und mühte sich deshalb vergebens ab, seine momentanen Merkmale in der

Objektivität zu bestimmen. In Wahrheit bezeichnet der Besitz aber etwas

1. inhaltlich subjektives, nämlich ein Urteil über etwas künftiges,
2. formell, d. h. seinem Ausdruck nach bezeichnet Besitz nichts subjektives, sondern etwas objektives, das objektive Korrelat des Besitzbegriffes, den Grund dieses Urteils."

Dies Urteil geht dahin, dass die Möglichkeit des Genusses für die Zukunft gesichert ist. Nun ist es klar, dass die verschiedensten Tatbestände diesem Erfordernis entsprechen — Tatbestände, deren ganze Ähnlichkeit nur darin besteht, dass sie zu einem gleichen Urteil eines gedachten Subjektes berechtigen. Man hat Besitz an dem Hund, der angekettet in der Hütte liegt, der frei herumläuft mit dem Herrn, der ohne Wissen des Herrn entlaufen ist, um bald wieder zu kehren. Der objektive Tatbestand ist in allen Fällen verschieden, Besitz liegt aber jedesmal vor, weil jeder Tatbestand Grundlage des gleichen Urteils bildet. Natürlich gibt es niemals eine absolute Sicherheit. Das festeste Schloss kann erbrochen, die höchste Mauer überstiegen werden. Aber was man im gewöhnlichen Leben sicher nennt, genügt, um Besitz zu begründen. Sicher wird also nur in einem relativen Sinne gebraucht, sicher bei normalem Verlauf der Dinge, genügend sicher nach Ansicht der Verkehrsgenossen.

Hess hat seine Theorie für das gemeine Recht aufgestellt. Ich will nicht untersuchen, inwieweit sich nach ihm der Besitz des Diebes, des Sequesters, des Pfandgläubigers erklären lässt. — Jedenfalls deduziert er, dass der Mieter, der Pächter, der Entleiher etc. keinen Besitz haben könnten. Nun verleiht aber das B. G. B. allen diesen Besitz, und daher kann schon aus diesem Grunde die Theorie von Hess für das B. G. B. nicht ohne weiteres akzeptiert werden. Als ein dauernder Gewinn seiner Auffassung verbleibt aber das Aufgeben des Versuchs, eine feste alle möglichen Fälle des Besitztatbestandes umfassende Regel durch Bezeichnung objektiver Merkmale zu gewinnen.

Bei Ausführung des Gedankens, dass der Besitz durch Tatsachen für die Zukunft gesicherte Genussmöglichkeit sei, scheidet Hess folgendermassen:

Die Sache ist sicher,

1. wenn andere sie nicht wegnehmen können, (mechanische Sicherungen, Verstecken des Schatzes, von dem keiner sonst etwas weiss.)

2. wenn andere sie nicht wegnehmen wollen. Auch in diesem Fall ist die Gewalt des Besitzers eine tatsächliche, er ist durch Tatsachen gesichert. Wenn der Baumeister das Holz auf dem Bauplatz, der Landmann das Heu auf dem Felde liegen lässt, so sichert ihn die Beschaffenheit dieser Sachen vor Wegnahme. Natürlich ist er nicht absolut gesichert, aber doch genügend sicher nach Ansicht seiner Verkehrsgenossen, denn bei normalem Verlauf der

Dinge wird niemand so schwer zu entfernende Sachen mit sich nehmen. Es ist also das Verhalten anderer, das diese Sicherheit herstellt, Dritte werden sich normaler Weise von jeder Einwirkung auf die Sache fern halten und eben dadurch hat der Besitzer die tatsächliche Gewalt.

Diesen unter 2 angeführten Gedanken findet man zuerst bei Goldschmidt, und er macht ihn zur Grundlage seiner Auffassung vom Besitz. In den Studien zum Besitzrecht (S. 2) sagt er, der Besitz sei ein Machtverhältnis, welches dem Gemeinbewusstsein als tatsächliche Herrschaft erscheine.

Dieser Gedanke klingt allerdings auch schon bei andern Schriftstellern an. So ist es bezeichnend, dass in Iherings Darstellung, bei der Entscheidung, ob Besitz vorliege, stets auf das Urteil, das ein Laie abgeben würde, verwiesen wird. „Jeder weiss", wie er es mit seinen Sachen nach Massgabe ihrer Verschiedenheit zu halten hat. (I. J. 32. S. 79) „Mit dem Urteil, dass er über die Sache fällt, sie ist verloren" usw. (I. J. 32. S. 83). Ähnlich Kuntze, „es entscheidet die jeweilige Ansicht, der Verkehrsgenossen und der mos regionis" (S. 102). So im Grunde auch Windscheid, wenn er sagt, eine feste alle Fälle umfassende Regel gebe es nicht, der Richter habe im einzelnen Fall zu entscheiden. Vergl. ferner Dernburg III S. 23; Kuhlenbeck (Anm. 2, 3, 854).

Aber in allen diesen Fällen soll nur nach Massgabe der Anschauungen des Verkehrs ent-

schieden werden, ob Besitz vorliegt, ein Tatbestand also unter einen bestimmten Begriff subsumiert werden. Das ist aber im Grunde bei allen Begriffen, die für die Jurisprudenz in Frage kommen, ebenso. Ob aus einem bestimmten Verhalten eines Menschen auf eine „Willenserklärung" geschlossen werden kann oder muss, was eine Erklärung bedeutet usw., muss auch in dieser Weise „beurteilt" werden. Das Neue an Goldschmidt ist, dass er als das Wesentliche beim Besitz nicht die Möglichkeit eigener Einwirkung, sondern das Verhalten Dritter erkannt hat. Es soll nach ihm nicht nur einfach nach Massgabe des Verkehrs im konkreten Fall beurteilt werden, ob Besitz vorliegt oder nicht, sondern das Urteil der Verkehrsgenossen ist Schöpfer des Besitzes.

Allerdings kommt dieser Gedanke ganz klar zum Ausdruck erst bei Stintzing. Dieser sagt in seinem Werk über den Besitz (1889) „aus dem Angeführten geht aber hervor, dass auch die naturalis possessio nicht in einer positiven Macht über die Sache besteht (obwohl dieselbe nicht nur mit derselben vereinbar, sondern auch meistens mit derselben verbunden ist), sondern in der Negative, in einer Ausschlussmacht den Mitmenschen gegenüber." (S. 17.) Besser hiesse es: „im Ausschliessen" nicht Ausschlussmacht, so Seite 29: „Alles liegt in der rein physischen Bestimmung des Verhaltens anderer."

Dass man auch nach der Stintzingschen

Auffassung von einer „tatsächlichen Gewalt" sprechen kann, erscheint nicht zweifelhaft: keinesfalls kann zugegeben werden, dass mit diesen Begriffen unweigerlich die Vorstellung eines körperlichen Einwirkenkönnens verbunden ist. Überhaupt kann es nicht Aufgabe der Jurisprudenz sein, in die Tiefen eines einzigen vom Gesetzgeber gewählten Ausdrucks zu steigen, jedenfalls wird sie keine Schätze dabei ans Tageslicht fördern. Im A. L. R. I. 7. § 50 heisst es: „in die Gewalt des Besitzers"; bayr. L. R II, 5. § 1: „in seiner Gewalt und Gewahrsam"; sächs. G. B. § 186: „tatsächlich in seiner Macht hat"; oest. G. B. § 309: „in seiner Macht oder Gewahrsam": zür. G. B. § 488: „körperliche Macht"; hess. Entwurf II, 2. Art. 1: „in seiner natürlichen Gewalt." Alle diese Ausdrücke sind Bezeichnungen für denselben Begriff, der an sich objektlos ist und der sich daher niemals anschaulich wird wiedergeben lassen. Mehr noch als sonst gilt hier das Wort Goethes: „Sobald man spricht, beginnt man schon zu irren." Der Unterschied zwischen Hess und Stintzing liegt darin, dass nach Hess der „Ausschlusszustand", das Verhalten Dritter, nur ein Urteilsgrund für die Annahme des Besitzes ist, während nach Stintzing der Besitz selber darin besteht. Nach Hess sind die verschiedenen Tatbestände die Grundlage für das Urteil eines gedachten Subjektes, dass der Besitzer für die Zukunft im Genuss der Sache gesichert sei, nach Stintzing Motiv für die Aussenwelt, sich von der

Sache fern zu halten. Nach Hess ist der Vogel auf dem Baum nicht in meinem Besitz, weil es noch durchaus nicht sicher ist, dass ich ihn bekommen werde, nach Stintzing, weil jeder beliebiger Dritte, wenn es ihm gefällt, versuchen wird, den Vogel einzufangen. So ergänzen sich die Auffassungen beider, beide sehen gewissermassen die Sache von verschiedenen Seiten. Wenn ich mich für Stintzing entscheide, so geschieht das deshalb, weil die Theorie von Hess für die naturalis possessio nicht zutrifft, die doch dem heutigen Besitz entspricht, vor allen Dingen aber, weil die Gefahr besteht, sie misszuverstehen. JedesGeniessen,Einwirken,Beherrschen, Verfügenkönnen setzt Subjekt und Objekt voraus, und daraus entsteht leicht der Irrtum, die Person des Besitzers über die Frage, ob Besitz vorliegt oder nicht, entscheiden zu lassen. Alle subjektiven Hindernisse, die dem Einwirken können im Wege stehen, z. B. Willensunfähigkeit, müssen aber für den Besitz ganz gleichgültig sein. In diesem Sinne hat Stintzing ganz recht, wenn er die Anschauung, als sei der Besitz eine Beziehung zwischen Subjekt und Objekt, das πρῶτον ψεῦδος jeder Besitztheorie nennt. Das gemeinsame beider Anschauungen aber ist, dass sie erklärlich machen, weshalb jeder Versuch, die Grenzen der tatsächlichen Gewalt objektiv abzustecken, vergeblich bleiben muss. Die verschiedensten Tatbestände können zu dem Urteil führen, dass die Sache dem Besitzer gesichert sei, und ebenso werden sie den Normalmenschen zur

Anerkennung der Ausschlussmacht des Besitzes bewegen. Jeder Versuch, den Besitztatbestand in feste Formeln zu bannen, ist deshalb verkehrt, sollen diese Formeln nicht zu Entscheidungen führen, die den Anschauungen des Lebens schnurstracks zuwider laufen, so müssen sie doch stets in einer den einzelnen Fall berücksichtigenden Art angewandt werden; man gibt also dem Richter einen Kompass, dessen Richtung er selber bestimmen muss. So hat denn Strohal durchaus das richtige getroffen, wenn er vor absoluten Formeln (S. 70) auf diesem Gebiet warnt, „das Gesetz lässt der Beurteilung des einzelnen Falles den weitesten Spielraum, und Aufgabe der Theorie kann es nicht sein, diese Freiheit durch Doktrinarismus zu verschränken."

Nur hat Strohal nicht angegeben, warum dies so ist. Erst wenn man eingesehen hat, dass das tertium comparationis bei allen Tatbeständen, die wir als tatsächliche Gewalt bezeichnen, allein der Umstand ist, dass sie Motiv des gleichen Verhaltens des Aussenstehenden sind, wird man aufhören, nach objektiven Merkmalen den Besitz zu bestimmen.

Von diesen Versuchen haben wir den Iherings schon besprochen, und wir haben gefunden, dass er nicht geglückt ist.

Richtig ist allerdings, dass andere ganz ungemein dadurch beeinflusst werden, ob die Sache sich in einer wirtschaftlich zweckentsprechenden Lage befindet. Denn so lange dies der Fall ist, nimmt

jeder ohne weiteres an, dass der Besitzer aus gutem Grund die Sache hier und nicht irgendwo anders liegen lässt, wird demgemäss diese vermutete Absicht respektieren und sich jeder Einwirkung auf die Sache enthalten. Wenn ich einen Ring im Walde finde, so weiss ich, er ist verloren, und ohne Bedenken werde ich ihn an mich nehmen, um ihn abzugeben, das aufgestapelte Holz dagegen lasse ich liegen. Als das Entscheidende muss aber, im Gegensatz zu Ihering der Umstand angesehen werden, dass jeder Dritte weiss, er habe sich von der Sache fernzuhalten.

Einen anderen Weg geht Bekker, indem er für bewegliche Sachen den Satz aufstellt: „Wo Gewahrsam, da um deswillen Besitz.“ (I. J. 34, S. 28.) Diesem Satze liegt eine Eigentümlichkeit des menschlichen Denkens zugrunde, auf die Hess hinweist. Der Besitz ist ein objektloser Begriff; nichts körperliches entspricht ihm; er ist etwas durchaus nicht anzuschauendes. Man kann aber nur in Anschauungen denken, und so stellt man sich häufig den Besitz unter der Hülfsvorstellung eines Kreises oder geschlossenen Raumes vor.

Dem B. G. B. ist diese Vorstellungsart durchaus geläufig. So sagt es: Im Besitz einer Sache sein (929, 963, 1117, 1205); eine Sache ist in jemandes Besitz (1263); befindet sich darin (402, 404, 810, 859), eine Sache in Besitz nehmen (561, 857, 958, 1373, 1443, 2205); Einräumung des Mitbesitzes (1206) etc. Indem man nun diese Hülfsvorstellung ernst nimmt,

kommt man dazu, zu sagen, der Besitz ist ein Raumverhältnis. So spricht Ihering von der Abhebung des Besitzverhältnisses vom blossen Raumverhältnis. Thoma zählt eine Reihe „qualifizierter Raumverhältnisse“ auf (S. 14), und so legt vor allem Bekker grossen Wert auf das Raumverhältnis und macht den „Gewahrsam“ zur Grundlage des Besitzes beweglicher Sachen. Bekker definiert den Gewahrsam als Herrschaft über ein räumliches, aber nicht mit dem Zollstock, sondern nach den Erfahrungen des Lebens zu bemessendes und zu begrenzendes Gebiet.

Was bedeutet aber ein räumliches Gebiet, das nicht mit dem Zollstock abgemessen werden kann? Ein Widerspruch in sich. Nach den Erfahrungen des Lebens soll beurteilt, d. h. bemessen werden, ob Besitz vorliegt oder nicht — gerade, wie man dies auch bei der tatsächlichen Gewalt verlangen muss; es ist also im Grunde nur ein anderes Wort für dieselbe Sache. Oder soll der Satz bedeuten, dass alle Sachen, die in mein Haus oder in ein sonstiges eingegrenztes Gebiet, das in meinem Besitz steht, gelangen, damit auch in meinem Besitz kommen? Die Bejahung dieser Frage wäre ganz entschieden verfehlt. Die Tauben, die vom Nachbargrundstück aus sich auf meinen Hof niederlassen, die Katze, die durch meine Ställe schleicht, befinden sich doch für diese Zeit nicht in meinem Besitz. Allerdings, ist eine von meinen Tauben dabei, so befindet sich die in meinem Besitz. Das Raum-

verhältnis liegt überall gleich, aber der Besitz ist kein Raumverhältnis, und es ist nur ein fälschliches Ernstnehmen von gedanklichen Hülfsoperationen, wenn man dies behauptet. (cf. besonders Strohal, I. J. 31, S. 68 ff.)

Allerdings lässt sich auch Dernburg, und ihm folgend Thoma, von diesem Gedanken beeinflussen, wenn er behauptet, man erwerbe Besitz an einem Hund, der nachts sich auf unserm Hofe aufhalte. (Sachenrecht S. 56.) Dernburg widerspricht damit im Grunde seiner eigenen Definition von der tatsächlichen Gewalt; Bd. III, S. 43 sagt er nämlich: „Notwendig ist nur, dass man nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge darauf rechnen kann, über die Sache verfügen zu können." Dass dies hier nicht zutrifft, leuchtet ohne weiteres ein. Freilich liegt nach Dernburg in diesen Fällen nur eine Nebenform des Besitzes vor. Der Besitz erlösche, wenn das Raumverhältnis aufhöre. Damit ist aber gesagt, dass ein derartiger Besitz ohne rechtliche Bedeutung ist. Denn die Wirkung des Besitzes tritt erst dann zutage, wenn das „Raumverhältnis" nicht mehr besteht. Erst wenn mir die Sache weggenommen worden ist, kann ich sie mit Gewalt wiederholen oder die Herausgabe vom fehlerhaften Besitzer verlangen. Ein Besitz, der keine Wirkung mehr äussert, sobald das „Raumverhältnis" nicht besteht, hat überhaupt keine Wirksamkeit.

Es wird aber keiner im Ernst behaupten wollen, der Eigentümer des Hundes hafte wegen

Besitzentziehung, wenn er seinen Hund wiederholt.

Die Annahme, dass in diesen Fällen Besitz vorliegt, wird wahrscheinlich durch den Gedanken gestützt, dass der Besitzer des Hundes in dem oben erwähnten Fall doch nicht ohne weiteres zur nächtlichen Stunde in die Behausung des andern eindringen dürfe, um sein Tier wieder zu bekommen. Das ist gewiss richtig, einen Hausfriedensbruch darf der Besitzer nicht begehen: daraus folgt aber noch nicht, dass der Herr des Hauses Besitzer des Hundes ist.

Gewissermassen eine Verbindung der Iheringschen und Bekkerschen Auffassungen findet sich bei Burghoff (Der Besitzwille, Greifswald, 1900). Burghoff stellt zwei Forderungen für das Vorhandensein des Besitzes auf:

1. wirtschaftliches Merkmal,
2. Herrschaftsmerkmal.

Unter 1 versteht er (S. 20) dasjenige Verhältnis der Person zur Sache, welches mit dem Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung in Einklang steht, schliesst sich damit also an Ihering an. Es kommt aber noch das Herrschaftsmerkmal hinzu, d. h. ein Merkmal, welches das Verhältnis der Person, die den Besitz geltend macht, zu der bezüglichen Sache erweist. Von diesen Herrschaftsmerkmalen habe ich zwei Spezies bei Burghoff gefunden, 1) Besitz am besitzvermittelnden Objekt, 2) Willen. Mit 1 nimmt Burghoff den Bekker-

schen Gedanken auf, nur schränkt er ihn durch das wirtschaftliche Merkmal in der Weise ein, dass man Besitz an den Sachen im Hause, auf dem Grundstück, das man besitzt, dann hat, wenn die Sachen in einer dem wirtschaftlichen Zweck entsprechenden Lage sich befinden.

Ich will die Frage des Besitzwillens noch ausscheiden, dass im übrigen die Ansicht Burghoffs ungenügend ist, fühlt er selbst. Denn er verteidigt gegenüber den Strohalschen Angriffen die Bekkersche Lehre mit dem Hinweis, dass vor Fehlentscheidungen andere Bestimmungen des B. G. B. schützten. Vor allen Dingen beruft er sich auf die §§ 855, 56a II, 904, 226, 228. Es wäre ungerecht, einen so praktikabeln Satz wie den Bekkerschen aus dem Grunde zu verwerfen, weil er einmal unter hundert Fällen vielleicht zu einer Fehlentscheidung führen könnte. In Wirklichkeit ist das umgekehrte Verhältnis richtig; hier sollen zwar nach Burghoff die missliebigen Folgen durch Bestimmungen anderer Paragraphen abgewendet werden; aber welchen Zweck kann es haben, in tausend Fällen ein Recht zu verleihen, das neunhundert Mal nicht gebraucht werden darf. Der Schikaneparagraph, 904 usw. sind alles Bestimmungen, die nur mit äusserster Vorsicht anzuwenden sind. Das Richtige ist doch hier zu sagen: In allen diesen Fällen widerspricht es vernünftigen Anschauungen, einen Besitzschutz zu gewähren, also fallen alle diese Tatbestände nicht unter den Begriff der tatsächlichen Gewalt. Ausser-

dem ist auch die Praktikabilität des Bekker-Burghoffschen Satzes sehr problematisch, denn in jedem einzelnen Fall muss genau untersucht werden, ob nicht eine schikanöse Rechtsausübung etc. vorliege.

Wie die oben von uns vertretene Auffassung vor den eben erwähnten Fehlern bewahrt, so gibt sie auch die richtige Stellung zur Frage des Besitzwillens.

Der Besitzwille entstammt dem römischen Recht. Der bekannte Satz von Paulus: „Et apiscimur possessionem corpore et animo neque per se animo aut per se corpore (1, 3, § 1 D. de acq. vel. amm. poss. 41, 2) stellte die Forderung eines beim Besitzerwerb zum Ausdruck kommenden Besitzwillens auf. Für die Fortsetzung des Besitzes kommt es nur auf die Möglichkeit an, den Tatbestand des Besitzerwerbes zu reproduzieren. (Savigny S. 339.) Besitzverlust tritt ein, wenn eines der beiden Erfordernisse in sein Gegenteil verwandelt worden ist. Unter animus ist der animus domini zu verstehen.

Hiergegen wandte sich Ihering. Er erkannte den Besitzwillen insofern an, als nach ihm sich das blosse Raumverhältnis nur durch den Willen zum Besitz steigern könne. Doch leugnete er einen Unterschied des animus bei Besitz und selbstnütziger Detention. Vielmehr sei jener Gegensatz aus rein praktischen Erwägungen hervorgegangen. Der Entwurf I des B. G. B. bestimmte im § 797: Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Er-

langung der tatsächlichen Gewalt über die Sache, (Inhabung), in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben. (Besitzwille.) Der Besitzwille war mit Rücksicht auf die Bedeutung des Besitzes bei Anwendung der Eigentumsnormen verlangt worden. Die (Motive S. 82) Willensrichtung gehe nicht auf das Eigentumsrecht, sondern auf die diesem Recht entsprechende tatsächliche Stellung, quinio domini sei nicht erforderlich. Für den „Besitzschutz" blieb dieser Begriff ohne Bedeutung; auch die blosse Inhabung wurde geschützt.

Der Entwurf II hat den Besitzwillen eliminiert, der Besitz des Entwurfs II und des B. G. B. entspricht völlig der Inhabung des Entwurfs I. (cf. Burghoff, Besitzwille S. 1 ff.)

Ein Inhabungswille, wie ihn z. B. Ihering (S. 81) verlangte, wird in den Motiven abgelehnt; er werde zwar vielfach anzunehmen sein; doch gebe es Fälle, wo er auch bei laxer Auffassung dieses Erfordernisses nicht vorhanden sei, und wo doch die Inhabung geschützt werden müsse. Immerhin bleibe es der Doktrin unbenommen, in allen Fällen einen Inhabungswillen nachzuweisen. In den Protokollen wird es noch energischer abgelehnt, das Erfordernis des Besitzwillens in das Gesetzbuch aufzunehmen. Dies sei entbehrlich in den zahlreichen Fällen, wo die tatsächliche Gewalt nur möglich sei durch einen darauf gerichteten Willensakt des Erwerbers; bedenklich für die Fälle, wo

ein Wille nur willkürlich konstruiert werden könne, wie bei Sachen, die im Hause niedergelegt würden; ausserdem sei es nicht angängig, den Besitz von Willensunfähigen schutzlos zu lassen.

Wären die Verfasser der Motive und Protokolle die Gesetzgeber, so wäre die Frage entschieden. Das ist nicht der Fall; aber auch in der Wissenschaft kann man die von ihnen vertretene Meinung als die herrschende bezeichnen. Vor allen Dingen haben Strohal (S. 66, 73, 75) und Bekker diese Ansicht verteidigt. Gleicher Ansicht sind ferner Plancks Kommentar (2 z. 854), Biermann (2a z. 854), Dernburg (Sachenrecht 53 ff.), Cosack (Lehrb. II 69, b), Kniep (der Besitz des B. G. B. S. 60); nicht ganz entschieden Fischer-Henle (Anm. 5 zu 854): „Ein Willensakt ist nicht erforderlich, jedenfalls kein rechtsgültiger."

Dagegen gibt es eine Anzahl von Schriftstellern, die einen Besitzwillen fordern, wobei es allerdings nicht immer klar ist, ob damit nur ein Erwerbswille gemeint ist, oder ob auch für den bestehenden Besitz eine bestimmte Willensrichtung oder wenigstens die Möglichkeit eines solchen Willens gefordert wird.

Frank (Besitzwille S. 13) findet in dem Ausdruck „tatsächliche Gewalt" die Notwendigkeit eines Besitzwillens. Dieser Besitzwille muss neben der objektiven Voraussetzung vorhanden sein, die in der Sicherheit liegt, ohne Eingriffe Dritter eine Sache wirtschaftlich nutzen zu können. Allerdings

wird bei Frank nie ganz klar, in welchem Verhältnis die beiden Erfordernisse stehen; z. B. führt er Seite 13 ungefähr folgendes aus: „Ich kann nie sagen, die wirtschaftliche Nutzung einer ohne mein Wissen auf dem Felde liegenden Sache ist mir sicher, denn ich weiss nichts von dem Verhältnis, kann mir daher die Sache nicht zunutze machen, wenn ich auch möchte." Nach diesem Grundsatz hätte man auch keinen Besitz an den Sachen, die man verlegt hat; und ebensowenig an denen, deren Vorhandensein man gänzlich vergessen hat; dass dies unrichtig ist, wird man ohne weiteres zugeben müssen.

Ausserdem geht Frank sehr weit in der Annahme eines Besitzwillens, wo dessen Annahme eine reine Fiktion bildet. Wenn er in der Anbringung des Briefkastens die ein für allemal erklärte Absicht sieht, an allen Sachen, die hinein geworfen werden, Besitz zu erwerben, so mag dies noch hingehn; wenn er aber das Haus gewissermassen für ein grosses aufgestelltes Netz ausgeben will, so ist diese Konstruktion doch etwas kühn. Auch der § 911 soll seine Ansicht stützen; der Besitzer des Grundstücks wolle den Überfall so intensiv wie nur möglich, „ist es doch eine bekannte Tatsache, dass man sich auf die so erworbenen Früchte fast mehr freut, wie auf die eigenen." (Seite 59.)

Dagegen versucht Affolter (das Willensmoment beim Besitzerwerb A. f. B. R. Bd. 17, S. 1 ff.)

nachzuweisen, dass überall, wo ein Gewaltverhältnis zustande gekommen ist, welches schutzwürdig erscheint, ein Wille vorhanden ist, auch wenn dieses Gewaltverhältnis ohne Wissen und Wollen der beteiligten Personen zustande gekommen ist. Denn wenn der betreffende später Kenntnis erlange von diesem Verhältnis, so werde ein Besitzwille bei ihm entstehen, und diesem Besitzwillen sei rückwirkende Kraft zuzusprechen. Dies ist ganz willkürlich; von einem wirklichen Willen kann hier nicht gesprochen werden.

Auch Endemann fordert einen Besitzwillen. Auch nach ihm ist der Besitz ein sozialer Gewaltbegriff. Gerade deshalb nimmt er an, dass rechtliche Willensunfähigkeit den Besitzerwerb ausschliesse. Was ein Verkehrsunfähiger tue oder erkläre, ermangele absolut der rechtlichen Bedeutung (Bd. II S. 155); daher könne niemals ein Willensunfähiger durch eigene Handlungen Besitz erwerben. Aber auch für Verkehrsfähige habe man davon auszugehen, dass ein willenloser oder unbewusster Besitzerwerb nicht anzunehmen sei.

Im Grunde widerspricht sich aber Endemann selber, wenn er bald darauf erklärt: Das objektive Gewaltverhältnis erstreckt sich nach gesicherter Rechtsanschauung auf die Wohnung, Hof und Haus, aber ebenso auch auf das, was in meinem Schrank, Koffer, Kleidertasche sich befindet. (S. 188.) Das muss doch heissen: auch wenn etwas in meine Wohnung ohne mein Wissen und Wollen gelangt,

habe ich daran Besitz. Wenigstens kann ich es nicht anders verstehen.

Um den richtigen Standpunkt zur Besitzwillensfrage zu gewinnen, muss hier mit einigen Worten der rechtspolitische Gedanke des Besitzes berührt werden. Das Besitzrecht bildet eine Ergänzung des Zivilprozesses. Wer Ansprüche gegen einen Dritten zu haben glaubt, möge ein Urteil erwirken und mit Hilfe des Staates den Schuldner zur Leistung zwingen. Im Interesse des Rechtsfriedens soll lieber einstweilen ein vielleicht ungerechter Zustand aufrecht erhalten bleiben, als dass durch die Befriedigung der Rechte eines einzelnen die Allgemeinheit beunruhigt wird. Könnte jeder, das Schwert in der Faust, seine Ansprüche durchsetzen, so wäre ein bellum omnium contra omnes die Folge. Denn praktisch würde dies Selbsthülferecht hauptsächlich dann werden, wenn der Schuldner seine Verpflichtung — vielleicht in gutem Glauben — bestritte; und wenn jeder vielleicht auch für sein gutes Recht zu kämpfen glaubte, könnte doch leicht der unterliegen, auf dessen Seite das Recht ist. So birgt das Faustrecht auch die Gefahr der Ungerechtigkeit in sich.

Um dies zu vermeiden, muss die Rechtsordnung die tatsächliche Verteilung der Lebensgüter in der Weise schützen, dass gegen den Willen eines Subjektes nur die Autorität des Staates darin eine Änderung herbeiführen darf.

Wenn nun der Einzelne gegenüber einem

Dritten, der vielleicht sein gutes Recht geltend macht, geschützt wird, so ist es selbstverständlich, dass dieser Schutz ihm erst recht gegenüber solchen, die nicht einmal eine Art von Berechtigung zur Eigenmacht entschuldigt, zugute kommt; mit andern Worten, Eigenmacht kann nicht nur verübt werden von jemand, der sein Recht sucht, sondern auch von dem, der mit vollem Bedacht eine fremde Rechtssphäre verletzt. So entwickelt sich der Besitzschutz zu einem Schutz gegen jegliche Störung der von mir besessenen Sachen.

Dabei ist es durchaus angemessen, auch dem Dieb Besitzschutz zuzugestehen. Logisch erklärt sich dies daraus, dass man beim Besitzbegriff die Frage nach dem Recht ausscheidet, dass also ein Mangel in einer Hinsicht, von der beim Besitz gerade abgesehen wird, keinen Grund abgeben kann, ihm den Schutz zu versagen; praktisch daraus, dass Dritte doch ebensowenig Rechte auf die Sache haben wie der Dieb, und man also keinen Anlass hat, ihn Dritten gegenüber für vogelfrei zu erklären.

Nun geht ferner das Gesetzbuch mit Recht davon aus, dass die momentane Verteilung der Lebensgüter dem objektiven Recht entspricht. Denn der Besitz ist die natürliche Voraussetzung für die Ausübung jeglichen Rechtes, das die Nutzung einer Sache gestattet. Wer also ein solches hat, wird im allgemeinen auch die Sache

in seinem Besitz haben und umgekehrt. Somit spricht die Wahrscheinlichkeit dafür, dass mit der Besitzstörung auch das Recht auf den Besitz verletzt wird. Daher wird vom Recht der Besitz auch deshalb geschützt, um provisorisch das Recht zum Besitz zu schützen. Bevor es nicht klargestellt ist, dass ich zu Unrecht besitze, ist es nötig, mich gegen willkürliche Eingriffe zu schützen, denn diese Eingriffe bedeuten nicht nur eine Störung des Rechtsfriedens, es spricht vielmehr auch die Vermutung dafür, dass sie ein Rechtssubjekt in seinen Rechten verletzen. So sind willkürliche Veränderungen durch das Recht des Besitzes aus demselben Grunde rückgängig zu machen, der für die einstweiligen Verfügungen bewegend ist. „Die Inhabung für sich allein gilt als genügende Bescheinigung, die Störung oder Entziehung als ein Moment, welches die Besorgnis einer Vereitelung oder Erschwerung des Rechtes rechtfertigt.“ So sagt mit Recht Planck. (A. f. d. c. P. B. 75 S. 395.) Nur tritt an die Stelle des freien richterlichen Ermessens ein fester zivilrechtlicher Anspruch.

Das Besitzrecht liegt also auf der Grenze zwischen öffentlichem und Privatrecht. Deshalb ist auch die ohne Angabe von Gründen von Dernburg (Bd. III S. 67) getroffene Entscheidung richtig, wonach im Gegensatz zum preussischen Recht Besitz auf Zeit nicht übertragen werden kann. Der Mieter bleibt also unmittelbarer Besitzer auch nach Ablauf der Mietzeit, bis er den Besitz freiwillig

aufgibt. Denn andernfalls würde die Frage, ob Besitz vorliegt oder nicht, vom Willen der Parteien abhängig gemacht. Dies aber muss in jeder Weise verhindert werden.

Betrachtet man diese Ausführungen, so wird man skeptisch an den Besitzwillen herantreten. Provisorischer Rechtsschutz und Erhaltung des Rechtsfriedens, das sind, wie oben dargelegt worden ist, die hauptsächlichsten Aufgaben des Besitzschutzes. Nun gibt es willensunfähige Rechtssubjekte — rechtlich willensunfähige, wie Kinder, Geisteskranke, Entmündigte und solche, die überhaupt keinen Willen haben, — die juristischen Personen. Rechte aber haben diese alle darum nicht weniger, auch können sie in diesen Rechten verletzt werden, und ebenso wird der Rechtsfriede gleichsehr gestört, mag die Eigenmacht gegen ein Kind oder eine Aktiengesellschaft, oder gegen ein normales Rechtssubjekt verübt worden sein.

Daher wird von vornherein irgend ein Wille für bestehenden Besitz abzulehnen sein. Das wird aber nicht immer festgehalten. Die Definition von der Möglichkeit der Einwirkung führt immer dazu, dieses Einwirkenkönnen auch nach dem Besitzenden zu beurteilen. So sagt Endemann, obwohl er prinzipiell die Auffassung vom Besitz als einem sozialen Machtverhältnis teilt, doch: „Dass jemand in der Lage ist, die Gewalt auszuüben, setzt ohne Ausnahme Wissen und Wollen der Gewalt voraus.“ (Bd. II S. 153.) Im übrigen ist es nicht einmal

richtig, dass zu einem Einwirkenkönnen ein Wollen meinerseits gehört. Möglichkeiten für mich können auch ohne mein Wollen entstehen, dass ich diese Möglichkeit kennen muss, um Gebrauch von ihr machen zu können, ist allerdings richtig.

Meistens wird ja allerdings ein Besitzwille nur in der Art verlangt, dass man für die Besitzbegründung eine Handlung verlangt.

Man kann die Frage aufwerfen, inwiefern denn überhaupt der Besitzerwerb in eine Abhandlung über den Begriff des Besitzes gehöre. Für den Begriff des Eigentums ist doch z. B. die Frage ganz gleichgültig, wer Eigentum erwerben kann und wie Eigentum erworben werden kann. Man könnte meinen, so müsste es auch hier sein. Aber dieser Einwand ist nicht berechtigt, vielmehr muss an dieser Stelle kurz auf den Erwerb des Besitzes eingegangen werden. Denn das B.G.B. bestimmt nicht den Tatbestand bestehenden Besitzes, sondern gibt nur an, wie er erworben und verloren wird.

§ 854: „Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben."

§ 856: „Der Besitz einer Sache wird dadurch beendigt, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert."

Der Unterschied zwischen beiden Paragraphen besteht darin, dass der unfreiwillige Besitzverlust ausdrücklich neben dem gewollten erwähnt worden

ist, während es beim Besitzerwerb nur heisst: Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Daraus könnte die Folgerung hergeleitet werden, dass der Besitztatbestand des B. G. B. nicht schlechthin vorhanden wäre bei tatsächlicher Gewalt, sondern bei erlangter tatsächlicher Gewalt, d. h. bei einer tatsächlichen Gewalt, die entweder hergestellt worden ist durch Handlung des Besitzers, oder doch jetzt mit seinem Einverständnis besteht. Diesen Gedanken, auf das Wort erlangen das Willenserfordernis zu stützen, regt Bekker einmal an, ohne jedoch eigentlich Gewicht darauf zu legen. (I. J. 34 S. 33.) Frank dagegen nimmt den Gedanken auf und verteidigt ihn. (S. 14.)

Nach dieser Auffassung müsste es demnach zwei Arten von tatsächlicher Gewalt geben, solche, nach der man „gelangt“ hat, und solche, bei der dies nicht der Fall gewesen ist. Äusserlich unterschieden wären diese beiden Arten aber nicht. Es ist auch schwer zu sagen, in welcher Weise sich der Übergang von der einen zur anderen Art gestalten sollte; irgendwelche Willenserklärung wird man doch nicht verlangen können.

Schon diese Erwägung spricht gegen die Annahme, auf Grund des Wortes „erlangen“ den Besitzerwerb nur mit Willen des Besitzers zuzulassen; wenn auch zugegeben werden muss, dass in „langen“, dem Ausdruck nach, ein Wille steckt. Deutlicher wird die Notwendigkeit der Ablehnung dieser Forderung, wenn man die einzelnen Fälle, in

denen zweifellos Besitz „erlangt“ wird, betrachtet (vergl. hierzu stets Strohal 71, 72).

Dieses Erlangen kann erfolgen

a) durch ein reines Geschehen. Das Gesetz bietet selber ein Beispiel hierfür, den § 911:

> Früchte, die von einem Baume oder einem Strauche auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, gelten als Früchte dieses Grundstücks. Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn das Nachbargrundstück dem öffentlichen Gebrauche dient.

Es erscheint selbstverständlich, dass der Besitzer des Grundstücks auch sofort Besitzer der hinübergefallenen Früchte wird, und man wird kaum verlangen wollen, dass er sie zu diesem Zweck erst jeden Tag besichtigen muss. Ebenso liegen folgende Fälle: Meine Hühner legen Eier, mein Hund kriegt Junge etc., auch an diesen Sachen bekomme ich zweifellos sofort Besitz, selbst wenn das Jungen sehr gegen meinen Willen erfolgt ist. In derselben Art fallen bewegliche Sachen, die durch Trennung entstanden sind, mit der Trennung in meinen Besitz, wenn ich Besitzer der ursprünglichen Sache gewesen bin, ohne dass ich etwas davon zu wissen brauche.

b) Durch Handlungen fremder Personen, die für mich gemäss § 855 Besitz erwerben. Auch hier weiss ich häufig nichts vom Besitzerwerb; dennoch erwerben diese Personen unabhängig vom eigenen Willen Besitz für mich, soweit sie innerhalb der

Grenzen ihrer Stellung handeln. (Das wird nicht immer ganz leicht zu entscheiden sein. Kniep, S. 241, giebt ein interessantes Beispiel. Als Bismarck in Frankfurt a. M. im Schwan abgestiegen war, um die Friedensverhandlungen mit Frankreich zu Ende zu führen, verlangte er ein Tintenfass. Der Kellner kaufte es für sein Geld, um es Bismarck zu überreichen. Gehörte das Tintenfass dem Wirt oder Kellner? Kniep entscheidet sich für den Wirt; denn wenn der Kellner auch für sich habe erwerben wollen, so könne er doch solche selbstständigen Entschlüsse, die in den Geschäftsbetrieb des Wirtes hineinreichten, nicht fassen. Nach meiner Ansicht steht das Tintenfass dem Kellner zu. Die Entscheidung ist davon abhängig, ob man den Kellner unter normalen Umständen für berechtigt und für verpflichtet hält, einem Gast auf dessen Verlangen als Vertreter des Wirtes ein Tintenfass zu kaufen. Die Frage muss entschieden verneint werden. Indem der Kellner das Tintenfass kaufte, ging er über den Kreis seiner Pflichten hinaus, und die Sache lag jetzt so, als wenn irgend ein anderer dem Fürsten eine Gefälligkeit erwies.)

c) Durch Übergabe einer Sache ohne Wissen des Erwerbers; z. B. Briefe werden in den Briefkasten geworfen, man legt dem auf die Universität gehenden Studenten einen Tausendmarkschein in die Bibel, man steckt einem Kind einen Apfel in die Schulmappe etc. Ob in diesen Fällen Besitz erlangt worden ist, kann allerdings auch zweifelhaft

sein. Berücksichtigt man das Verhältnis des Erwerbers zu Dritten, so erscheint es gerecht, ihm sofort den Besitz zuzusprechen, andererseits wird man dem Studenten nicht eine Besitzklage geben, wenn der gütige Spender, von tätiger Reue ergriffen, den Schein wieder an sich nimmt. Ähnlich liegen die Fälle bei „Realofferten", Zusendungen unbestellter Bücher usw. Entscheidend ist hier vor allem die Frage, ob der Veräusserer mit der Zusendung sich jeder Einwirkung auf die Sachen begeben hat oder nicht, ob er ohne Bedenken die Sachen wiederholen lassen wird, sobald es ihm beliebt, oder ob er den Erwerber nur für verpflichtet hält, ihm die Sachen eventuell zurückzugeben. Massgebend ist natürlich nicht die individuelle Ansicht eines Einzelnen, sondern es ist dem Veräusserer nach Massgabe der Verkehrs-Auffassung ein bestimmter Wille zu unterstellen; der Zweck des Geschäfts wird meistens einen Anhaltspunkt für eine bestimmte Annahme bilden.

Mögen aber immerhin bei der Beurteilung des einzelnen Falls Schwierigkeiten entstehen, die Möglichkeit, dass durch solches Zusenden Besitz erlangt wird, besteht ganz entschieden. Dass dann diese Fälle als Besitzerwerb ohne Willen aufzufassen sind, kann nicht zweifelhaft sein. Mit Frank hier in der Art zu konstruieren, dass man das Haus gleichsam als ein grosses aufgestelltes Netz ansieht, ist nicht angängig.

d) Endlich kann Besitz natürlich durch Handlung oder Willenserklärung (Einigung) des Erwerbers erworben werden.

Wir haben nachgewiesen, dass zum „Besitzer sein“ ein Wille nicht gehört, dass also auch ein Kind Besitzer sein kann. Wir haben ferner gesehen, dass es Fälle gibt, in denen Besitz ohne Wissen und Wollen des Erwerbers eintritt.

Weshalb für diese Fälle ein Besitzerwerb seitens eines Handlungsunfähigen geleugnet werden sollte, sehe ich nicht ein. Man denke z. B. an den Fall, dass durch Erbgang ein Geschäftsunfähiger Besitzer eines Grundstücks geworden ist. Sollten jetzt die übergefallenen Früchte, sollte ein Tier, das ein in seinen Diensten befindlicher Jäger erlegt, nicht in seinem Besitz sich befinden?

Endlich fragt es sich, ob die willensunfähigen Personen durch eigne Handlungen Besitz erwerben können. Ein Gegner dieser Ansicht war Ihering, und ihm folgt Endemann. Der Besitz sei ein soziales Machtverhältnis: „Die Fähigkeit, sich durch eigene Handlungen eine Rechtsposition zu schaffen, wird nur dem zuerkannt, dessen Einsicht die juristische Bedeutung des Vorganges zu begreifen vermag.“ (Bd. II S. 155.)

Ich kann dem nicht beistimmen. Endemann selber lehnt es ab, den Besitzerwerb als ein Rechtsgeschäft aufzufassen; er verweist dagegen auf die Analogie der Wohnsitzbegründung. (S. 155.) Aber hier hat eben das Gesetz selber entschieden, und

man kann nicht sagen, dass die Ähnlichkeit zwischen Wohnsitz und Besitz so gross ist, dass sie schlechterdings einen Analogieschluss notwendig mache. Wenn es feststeht, dass willensunfähige Rechtssubjekte Besitzer sein können, wenn es ferner feststeht, dass sie Besitzer werden können, sobald die Erfordernisse des Besitztatbestandes unabhängig von ihrem Willen eintreten, so ist nicht einzusehen, weshalb sie nicht auch dann Besitzer werden sollen, wenn der Eintritt des Besitztatbestandes durch sie selbst bewirkt worden ist. Ausschlaggebend ist immer die Frage, ob die tatsächliche Gewalt vorliegt. Wird durch die Handlung eines rechtlich Willensunfähigen tatsächliche Gewalt begründet, so hat er auch den Besitz. Diese Voraussetzung muss allerdings erfüllt werden.

Deshalb ist es durchaus zutreffend, wenn Endemann bemerkt (S. 153/54), dass ein Kind von sechs Monaten nicht Besitzer der Sachen werde, die es ergreife, denn durch diese Handlung erlangt es nicht die tatsächliche Gewalt; ebenso erlangt der Bewustlose an den Sachen nicht Besitz, die er mit der Hand ergreift. Das ist aber bei Geschäftsfähigen ebenso. Wer eine Sache ergreift, bekommt keineswegs immer Besitz daran. Hier waltet das doppelte Missverständnis ob:

1. Besitzerwerb kann nur durch Ergreifen der Sache stattfinden.
2. Jedes Ergreifen der Sache bewirkt Besitzerwerb.

Beides ist unrichtig. Wir haben oben verschiedene Fälle angeführt, wo ein Besitzerwerb ohne jedes Ergreifen der Sache stattfand; der zweite Satz ist noch viel evidenter verkehrt. Tausendfach ergreift man Sachen, um sie zu besehen, um sie zeitweilig für sich zu verwenden, wo es gerade zu absurd wäre, einen Besitzerwerb beim Ergreifenden anzunehmen.

Nur darauf kommt es an, ob die tatsächliche Gewalt in dem von uns dargelegten Sinne vorhanden ist, nicht darauf, ob sie „erlangt" ist. Wird die tatsächliche Gewalt durch Handlungen hergestellt, so finden diese nur um ihres Erfolges willen Beachtung, nicht weil sie den Willen des Erwerbers manifestieren.

Aus dieser Anschauung folgt, dass die Frage, ob Besitz vorliegt, niemals vom Willen des Besitzers abhängig ist. Dem widerstreitet Strohal Seite 67. Wenn Schwemmholz auf das Grundstück getrieben worden sei, habe man keinen Besitz daran, sammle man es auf, so besitze man es. Die Entscheidung ist ohne Zweifel richtig; aber nur deshalb ist Besitz erworben, weil man aus dem Auflesen, Aufstellen und Ordnen des Holzes auf ein „jeden anderen ausschliessen wollen" schliesst, und sich demgemäss von der Sache fernhält Der Besitzwille des Erwerbers ist also nur ein Motiv für das Verhalten Dritter und insofern auch für den Besitz von Bedeutung. Man darf sich aber nicht verführen lassen, in der Handlung das unter-

scheidende zu sehn. Diese Auffassung leuchtet übrigens auch bei Strohal durch, und zwar in einer unmittelbar darauf folgenden Stelle. Er führt nämlich mit Recht aus, dass dieselbe „äussere Handlung" Besitz für den Handelnden begründen könne, oder nicht. Wenn ein Holzarbeiter ein erlegtes Wild bei Seite schaffe, so erwerbe er Besitz daran, „wenn in dem Vorgehen des Arbeiters nach Massgabe der begleitenden Umstände eine Betätigung des Aneignungswillens gesehen werden darf."

Ähnlich wie Strohal vertritt Burghoff die Ansicht, dass unter Umständen der Wille Schöpfer des Besitzes sei, und zwar dann, wenn sich eine Sache in einer mit dem Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung in Einklang stehenden Lage befinde, jedoch so, dass diese Lage noch nicht ein Verhältnis zu einer bestimmten Person darstelle; ausserdem ist nach ihm, wie oben schon erwähnt, Besitz am besitzvermittelnden Objekt Herrschaftsmerkmal. Fragt man, was denn Herrschaftsmerkmal beim vermittelnden Objekt ist, so kann die Antwort nur lauten, der Wille, und somit steht er im Grunde genommen auf demselben Standpunkt wie Frank, denn dieser hatte ja den Besitzwillen auch nicht unmittelbar auf die Sachen beziehen wollen, sondern im Hause nur den Ausdruck eines animus generalis erblickt. Burghoff ist ohne Zweifel zu seiner Ansicht gekommen durch Betrachtung von derartigen Fällen, wie der auf Seite 41

angeführte. Holz lagert auf dem Hof, der sich im Mitbesitz aller Hausbewohner befindet. Wer die Sachen bestellt hat, hat den Besitz. Aber nicht wie Burghoff meint, weil er den Besitzwillen hat, sondern deshalb, weil die übrigen Hausbewohner ganz genau wissen, dass sie das Holz nichts angeht, und sich infolgedessen davon fern halten werden — normalerweise selbstverständlich.

Man mag diese Unterscheidung für eine unfruchtbare Spitzfindigkeit erklären; einen Unterschied in der Beurteilung des praktischen Falles macht es ja in der Tat nicht, ob man jemand Besitz zuspricht deshalb, weil er tatsächlich den Willen hatte, oder ob man in diesem Willen nur ein Motiv für das Verhalten Dritter sieht. Es wird aber durch die hier vertretene Auffassung die Einheitlichkeit des Besitzbegriffs gewahrt; nur wenn man in keinem Fall den Willen als das eigentlich unterscheidende betrachtet, wird es erklärlich, warum er in Fällen, wo offenbar Besitzschutz bestehen muss, bald vorhanden ist, bald fehlt.

Die Ansicht, dass Besitz nur „erlangte tatsächliche Gewalt" sei, leidet ferner an dem Übelstand, dass unklar bleibt, welcher Art der Wille sein muss, der das Erlangen bewirkt. Zwar nehmen die meisten, die einen solchen Willen verlangen, an, dass es kein rechtsgeschäftlicher Wille zu sein braucht (Frank, Kuhlenbeck, Staudinger, Strohal). Ich muss mich aber darin Thoma anschliessen, dass, wenn man überhaupt einen

Willen entscheidend sein lassen will, man einen auch sonst rechtlich bedeutsamen Willen fordern muss. Ferner steht nur unsere Theorie mit der Tatsache in Einklang, dass juristische Personen Besitz haben. Sieht man in dem Erlangen ein Tun, so wäre dies unerklärlich. Denn einen Willen kann man diesen sozialen Gebilden doch nur bildlich zusprechen. Es ist gewiss richtig, dass eine durch Satzung zusammen gehaltene Anzahl von Personen wirtschaftlich etwas anderes bedeutet und wirkt, als eine Menge Menschen, und es ist deshalb unstreitig angemessen, solchem „Verein" Rechtsfähigkeit zu verleihen; ein eigentliches Handeln aber ist der juristischen Person unmöglich. Das sieht man vor allem deutlich, wenn man des Strafrecht betrachtet. Bewusstes Handeln ist Voraussetzung jeden Delikts. Deshalb kann eine juristische Person ein Verbrechen nicht begehen. Das leuchtet jedem ohne weiteres ein. Aber ebenso einleuchtend ist, dass die juristische Person Besitzerin sein können muss, wenn sie nicht völlig hilflos im Verkehr dastehen soll. Man kann aber nicht mit Bekker den Besitz von juristischen Personen damit erklären, dass der Besitz ein Recht sei (Beiträge von Bernhöft und Binder, H. 1, S. 16), denn wenn er wirklich ein Recht ist, so ruht dies Recht doch stets auf dem Fundament der „erlangten tatsächlichen Gewalt", und hier muss also die Möglichkeit eines Besitzes nachgewiesen werden. Die von uns gewählte Formel trifft demnach insofern

das Richtige, als sie nichts enthält, was irgendwie auf einen Besitzwillen hindeuten könnte. Dass auch dem Besitzwillen ein richtiger Gedanke zugrunde liegt, soll nicht geleugnet werden. Fast stets wird man sicher entscheiden können, ob Besitz vorliegt, wenn man sich fragt: will der Besitzer die Sache haben oder nicht. Die Vorstellung dieses Willens ist dann ein Motiv zur Aufrechterhaltung des Ausschlusszustandes. Dies scheint auch das Lehrbuch von Enneccerus-Lehmann zu meinen, wenn es den Besitzwillen definiert als „den bei vernünftiger Würdigung anzunehmenden Willen, eine in der tatsächlichen Gewalt befindliche Sache zu beherrschen." (S. 67) Es bleibt aber stets gleichgültig, ob ein solcher Wille wirklich vorhanden ist oder nicht.

Im übrigen entspricht auch allein die oben ausgeführte Anschauung dem B. G. B. Es lässt sich ja allerdings nicht leugnen, dass das B. G. B. von der Theorie Savignys beeinflusst worden ist. So war in der Kommission die Auffassung laut geworden, dass Besitzer einer Sache derjenige sei, welcher die Sache in seinem Vermögenskreise habe, und dass man den Begriff der tatsächlichen Gewalt nicht physikalisch zu fassen habe. Dem wurde aber von der Mehrheit widersprochen. (Protokolle S. 33, 42, 43). Im Gesetz selber kommt diese Ansicht zum Ausdruck, wenn es heisst: in der Lage sein, die Gewalt auszuüben. (§ 854.) Übt jemand die tatsächliche Gewalt aus (§ 855); eine Verhinderung

in der Ausübung der Gewalt. Dennoch aber sind dies nur Worte, auf die nicht viel zu geben ist; von Bedeutung dagegen sind die §§ 854, 855 und 857. Es kann natürlich hier nur kurz darauf eingegangen werden. Nur insoweit diese Paragraphen die von uns vertretene Ansicht stützen, kommen sie für uns in Frage.

Die Tragweite des § 854 II ist nicht unbestritten; manche sehen in ihm nur den Tatbestand der modernen brevi manu traditio; (so Bekker I. J. 34 S. 8) den Übergang von Besitzdienerschaft (855) in Besitz. Mit Recht nimmt aber die herrschende Meinung, gestützt auf die Motive und Protokolle (M. III S. 93, Pr. II Kom. 3344) an, dass dieser Paragraph auf dem Gegensatz zwischen „originärem" und „derivativem" Besitzerwerb beruht. Er soll zum Ausdruck bringen, dass bei Besitzübertragung weniger strenge Anforderungen an die tatsächliche Gewalt zu stellen sind, als bei originärem Besitzerwerb. Allerdings scheinen ja der Annahme einer Übertragung des Besitzes unübersteigliche logische Hindernisse im Wege zu stehen. Eine Tatsache kann nicht durch blosse Willenserklärung übertragen werden, ebenso wenig wie man durch blosses Zureden das Wasser bewegen kann, den Berg hinauf zu laufen. Dies ist durchaus richtig; aber man darf daraus, dass jeder Besitzerwerb originär ist, nicht schliessen, dass er immer in gleicher Weise erfolgen müsse. Von dem oben dargelegten Standpunkt aus lässt sich § 854 II leicht begreifen. Wir haben als

das Wesentliche beim Besitz das durch verschiedenartige Tatbestände motivierte gleiche Verhalten Dritter erkannt. Sobald die Schranke, die den Besitz umgrenzt, lediglich in ethischen Vorstellungen besteht, solange, wie Hess sagt, die Sache mir nur deshalb sicher ist, weil Dritte sie nicht nehmen wollen, kommt dieser Paragraph in Frage. „Für den normalen Menschen liegt ein tatsächliches Hindernis, auf die Sache einzuwirken, in dem Bewusstsein, dass er es nicht darf." (cf. Windscheid-Kipp 690.) Wenn nun der bisherige Besitzer mit einem der Aussenstehenden den Platz wechselt, so kann man darin nichts auffallendes sehen; für die übrigen genügt es zu wissen, dass die Sache im Besitze jemandes ist, um sich fern von ihr zu halten, wobei die Person des Besitzers ganz gleichgültig ist. Dass aber dieses Wechseln der Plätze durch blosse Willenserklärung vor sich gehen kann, ist deshalb selbstverständlich, weil es sich um rein psychische Vorgänge handelt. So ist der Besitzerwerb auch in diesem Fall originär, wenn auch durch Einigung erfolgt. Dem scheint allerdings zu widersprechen: dass dieser Besitzerwerb abhängig ist von dem Besitz des Veräusserers: nur wer wirklich Besitzer ist, kann in dieser Weise Besitz übertragen, eine Willenseinigung müsste doch aber auch zwischen zwei Nichtbesitzern stattfinden können. Dieser Einwand ist jedoch nicht richtig, denn § 854 II setzt immer ein Aufgeben der Besitzstellung durch den Besitzer voraus, und durch

Einigung Dritter wird die Stellung des Besitzers so wenig berührt, wie durch Umstellung der Kegel der König seinen Platz ändert. Eine ähnliche Auffassung der Einigung findet sich bei Planck, A. 3a zu § 854. Die herrschende Meinung sieht in ihr schlechthin einen Vertrag.

Die Bestimmung, dass der Erwerber in der Lage sein muss, die Gewalt auszuüben, sagt nichts aus über subjektive Hinderungen der Gewaltausübung, die ja für den Besitz stets gleichgültig sind, sondern bedeutet, dass nicht ein Tatbestand vorliegen darf, der nach allgemeiner Anschauung trotz der Willenserklärung den Veräusserer noch als den Besitzer erscheinen lässt. (cf. Strohal S. 88.) Z. B. kann ich den Besitz von Sachen, die sich in meinem Hause befinden, und mir gehören, nicht durch Einigung nach § 854 II auf andere übertragen, es sei denn auf Hausgenossen. Denn wenn auch nicht schlechthin alle Sachen, die in mein Haus geraten, in meinem Besitz sind, (insofern ist, wie oben gezeigt, der Satz, wo Gewahrsam, da um deswillen Besitz, falsch) so sind und bleiben doch meine Sachen in meinem Besitz, solange sie in meinem Hause sind, sofern ich nicht dem Erwerber die Mittel gegeben habe, auch ohne meinen Willen sich der Sachen zu bemächtigen, z. B. durch Übergabe der Schlüssel.

Man kann hier nicht sagen, dass der Erwerber ohne Rücksicht auf die Einigung Besitzer ist, nur weil er die Schlüssel hat; denn dann müsste Dieb des

Geldes sein, wer den Schlüssel zum Schrank gestohlen hat. Man erkennt hier auch leicht die Bedeutung symbolischer Besitzübertragung; sie macht den Besitzübergang durch Einigung offenbar und kennzeichnet den Augenblick des Besitzüberganges.

Ebenso folgt der § 857, wonach der Besitz auf den Erwerber übergeht, aus dem oben aufgestellten Prinzip. Sieht man in dem Besitz ein Einwirkenkönnen, so bleibt der Paragraph allerdings unverständlich. So sagt denn auch der Planck'sche Kommentar: „Anlangend die Bedeutung des § 857 so ist zunächst klar, dass . . . . im § 857 Besitz nicht im Sinne von tatsächlicher Gewalt über die Sache zu verstehen ist. In diesem letzteren Sinne ist der Besitz etwas tatsächliches, und deshalb der Übertragung durch Rechtssatz unumgänglich."

Diese Ansicht gerade im Planckschen Kommentar vertreten zu sehen, kann Wunder nehmen. Denn auch er erblickt, im Anschluss an Goldschmidt, im Besitz ein soziales Gewaltsverhältnis; auch er also sieht ab von irgend welcher Möglichkeit physischer Einwirkung. Auch nach ihm ist es das Verhalten Dritter, das einen Tatbestand als Besitz erscheinen lässt. Nun ist es vielleicht nicht ganz korrekt vom Gesetzgeber ausgedrückt, wenn er sagt, der Besitz „geht über" auf den Erben. Dies lässt die falsche Vorstellung der Vererbung eines Tatbestandes aufkommen, gegen die sich Planck mit Recht wendet. Richtiger wäre es gewesen, zu

sagen: „Der Erbe hat den Besitz an den Nachlasssachen, sobald der Erbfall eingetreten ist."

Der Erbe tritt an die Stelle des Verstorbenen nicht nur kraft Gesetzes, sondern auch im Gemeinbewusstsein. Somit ist der § 857 nur eine Feststellung der tatsächlichen Lebensverhältnisse. Keinem Menschen fällt es ein, die Nachlasssachen für besitzlos zu halten, wer anders aber als der Erbe sollte Besitzer sein? Etwa die Hausangehörigen? Die wissen, soweit sie nicht Erben sind, ganz genau, ebenso gut wie jeder andere, dass sie mit den Nachlasssachen nichts zu tun haben, und somit wird sich keiner regelmässig an den Sachen vergreifen. Mag der Erbe auf Reisen in fremden Weltteilen, ja vielleicht noch unbekannt sein, der Besitz als soziales Gewaltverhältnis besteht für ihn, nur eine Reminiszenz an die „Möglichkeit physischer Einwirkung" ist es, wenn man in diesem Satz etwas besonderes sehen will. Darum ist es irrig, wenn Thoma (S. 41, Anm. 81) sagt, dass nach besonderen Umständen des einzelnen Falls eine tatsächliche Gewalt eventuell nicht angenommen werden könne, und als Beispiel anführt, wenn sich der Erbe in fernen Ländern aufhalte. Voraussetzung ist nur, dass an den Nachlasssachen im Moment des Erbfalls nicht ein anderer Besitz hat. Dann gehen nur die besitzrechtlichen Ansprüche über. Dem widerspricht auch nicht, dass ja die Person des Erben ungewiss sein, dass durch Ausschlagung der Erbschaft usw. ein anderer an die Stelle des ursprünglichen Erben treten

kann usw. — dass der Nachlass einen Erben bekommen wird, ist sicher; und wie dem Frachtführer jeder Konnossementinhaber als Oberbesitzer recht ist, so ist auch dem Gemeinbewusstsein die Person des definitiv Berechtigten ganz gleichgültig.

Nun ist es ferner zwar richtig, dass das B. G. B. den durch Erbgang erworbenen Besitz dem vom Erben tatsächlich ergriffenen Besitz entgegenstellt. § 2025, 2027 Abs. 2. Praktisch ist das nicht. Es wird nicht ganz leicht zu bestimmen sein, wann der Erbe tatsächlich die Nachlasssachen in Besitz genommen hat. Als ganz ausgeschlossen muss es jedenfalls von vornherein gelten, etwa körperliche Berührung zu verlangen.

Andererseits sind die §§ 2025 und 27 wohl zu verstehen. § 2025 ist im Anschluss an 992 entstanden und bestimmt gleich diesem, dass der Erbschaftsbesitzer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen hafte, wenn er einen Erbschaftsgegenstand durch eine strafbare Handlung oder eine zur Erbschaft gehörende Sache durch verbotene Eigenmacht erlangt hat. Zunächst ist also festzutellen, dass jeder, der ohne Willen des Erben eine Nachlasssache in Besitz nimmt, in verbotener Eigenmacht handelt, und dass dies auch für den gutgläubigen Erbschaftsbesitzer gilt. Daher hat denn auch der wirkliche Erbe die Besitzansprüche gegen jeden Eigenmächtler — ist also wirklicher Besitzer. Nur die Haftung des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers ist nicht so scharf,

und zwar deshalb, weil die Frage, wer der definitive Erbe ist, häufig lange unklar bleibt, und der gutgläubige Erbschaftsbesitzer, indem er sich für den Erben hielt, sich auch für den Besitzer der Nachlasssachen halten musste. Tatsächlich ergriffen im Sinne dieses Paragraphen hat der Erbe den Besitz, wenn derjenige, der sich für den Erben hält, den wirklichen Erben zum mindesten als fehlerhaften Besitzer anerkennen müsste. Tatsächlich ergriffen im Sinne des § 2027 2 ist der Besitz solange nicht, als dem Erben die Möglichkeit gefehlt hat, die Nachlasssachen zu inventarisieren.

Auch der § 855 steht mit dem hier gelehrten in Einklang. Die Besitzdiener werden meistens viel mehr Gelegenheit haben, physikalisch auf die Sache einwirken zu können, als der Besitzherr. Aber doch haben sie keinen Besitz, weil körperliches Einwirkenkönnen hierfür ganz gleichgültig ist.

Man kann auch nicht sagen, dass wenn diese Paragraphen wirklich aus dem Begriff der tatsächlichen Gewalt ohne weiteres deduziert werden könnten, das Gesetzbuch sich mit der Aufstellung des Prinzips im § 854 begnügt hätte. Im Grunde ist das nur ein Streit gegen das Wort tatsächliche Gewalt. Denn will man die §§ 854 II 855 und 857 nicht als Folgerungen des Prinzips gelten lassen, so müsste man aus allen Besitzparagraphen einen „Besitztatbestand“ konstruieren, von dem dann dasselbe zu gelten hätte, was oben über die „tatsächliche Gewalt“ ausgeführt worden ist.

Die rechtliche Bedeutung des Besitzes erstreckt sich über das gesamte Rechtsgebiet. In Betracht kommt hier aber nur der Besitzschutz, denn nur er ist für den Besitz als solchen charakteristisch und damit zum Begriff gehörig. (Wolff, Begriff des Besitzes S. 30.)

Der Besitzer wird gegen verbotene Eigenmacht geschützt. Es ist also zunächst dieser Begriff festzustellen. Planck definiert ihn folgendermassen: „Jede Handlung, durch die der Besitzer ohne seinen Willen in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt beeinträchtigt wird, sofern die Einwirkung nicht ausnahmsweise gesetzlich gestattet ist." Diese Definition hat sich das Reichsgericht zu eigen gemacht. (Bd. 55, Seite 55—57.)

Danach wäre also jede verbotene Eigenmacht Handlung. Schliesst man sich eng an das Gesetzbuch an, so ist das unbestreitbar. „Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, „handelt", sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich." (§ 858, I.)

Wie sind aber folgende Fälle zu beurteilen. Fremdes Vieh geht auf meine Äcker, Hühner fliegen

vom fremden Hof in meinen Garten? usw. In vielen Fällen wird der § 228 Anwendung finden, sofern nämlich durch diese Sachen eine Gefahr droht. Wie aber, wenn dies nicht der Fall ist? Bin ich Eigentümer, so könnte vielleicht 903 in Betracht kommen, obwohl es fraglich ist, ob nicht auch die „Einwirkung anderer" dem Ausdruck nach ebenso sehr eine Handlung voraussetzt, wie die verbotene Eigenmacht.

Ich glaube aber, man interpretiert zu eng, wenn man solche Fälle nicht unter den Begriff der verbotenen Eigenmacht fallen lassen will. Das Gesetzbuch hat bei der technischen Bezeichnung der Besitzstörungen hauptsächlich an die aussergerichtliche Rechtsbefriedigung gedacht und damit in erster Linie an Handlungen, was ja aus dem gesetzgeberischen Motiv des Besitzschutzes erklärlich ist. Wenn ich mir aber Einwirkungen, die Fremde Sachen, die in meinem Besitz stehen, angedeihen lassen, um ihr Recht zu verwirklichen, verbitten kann, so muss das noch viel mehr von anderen Einwirkungen gelten. Somit hat als verbotene Eigenmacht im Sinne des Gesetzes jede Einwirkung auf die Sache, die ohne den Willen des Besitzers vor sich geht, zu gelten; einerlei ob dies eine Handlung ist oder nicht. Wer also ein Pferd gemietet hat, kann als Besitzer des Pferdes jeden Hund verscheuchen, der das Pferd anbellt, und jedem Menschen untersagen, es zu necken. Diese Auffassung ist insofern empfehlenswert, als sie zu

Handlungen, die jeder Mensch täglich ohne Besinnen vornimmt, ein Recht gibt. Hält man den oben dargelegten Begriff der verbotenen Eigenmacht für zu weit, so kann man die Vornahme derartiger Handlungen damit rechtfertigen, dass sie nicht verboten sind. Denn jedes einem solchem Handeln entgegenstehende Recht eines Dritten könnte in den oben erwähnten Fällen nur aus Schikane ausgeübt werden, und wäre demnach nicht zu beachten. Aus dem oben gegebenen Begriff der verbotenen Eigenmacht folgt, dass auch Willensunfähige verbotene Eigenmacht begehen können.

Alles dies ist auch im Sinne der Kommission. Nach den Protokollen genügt es, wenn eine auch nur objektive Beeinträchtigung des Besitzes stattgefunden habe. (S. 3351.)

Als erstes Recht wird dem Besitzer das Recht der Abwehr gegeben.

Nach Endemann (S. 174) und Meisner (Anm. zu 859) ist § 859 lediglich die Wiederholung des § 227 für einen besonderen Fall. Auch Cosack scheint dieser Ansicht zu sein, da er das Abwehrrecht beim Besitzrecht nicht besonders behandelt. Dagegen betont Staudinger (S. 22) energisch, dass in diesem Paragraphen dem Besitzer ein besonderes Recht gegeben sei. Man kann die Erweiterung aber nicht mit Wolff darin sehen, dass § 859 auch dann Anwendung findet, wenn der Störer an und für sich berechtigt sei, die Sache zu verlangen. Denn § 858 erklärt jede Eigenmacht

schlechthin für widerrechtlich. Aber es braucht nicht ein rechtswidriger „Angriff“ vorzuliegen; die ganze Frage nach der subjektiven und objektiven Widerrechtlichkeit fällt damit weg.

Fraglich kann sein, was mit Gewalt erwehren heisst. Nach Dernburgs Darstellung scheint es so, als ob alle Gewaltmittel zulässig seien; und allerdings sagt das Gesetz, abweichend von der Notwehr, nicht, dass die erforderliche Gewalt angewandt werden müsse. Dennoch ist diese Annahme irrig. Im Ausdruck erwehren liegt, dass der Gegenstoss proportional dem Stoss sein muss. Eine andere Ansicht wäre besonders bei dem weiten Umfang der verbotenen Eigenmacht äusserst gefährlich. (So auch Staudinger, Planck, Biermann M. III, S. 113.)

Ein zweites Recht des Besitzers enthält § 859 Abs. 2 und 3:

„Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittelst verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wieder abnehmen.

Wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Täters wieder bemächtigen.“

In diesem Fall kann die verbotene Eigenmacht nur als Handlung erscheinen. Doch braucht nicht die Handlung eines rechtlich willensfähigen (geschäftsfähigen und verantwortlichen) Rechtssubjektes

vorzuliegen. Passiv legitimiert ist der Täter, ferner der Erbe des Täters, und wer weiss, dass die Sache dem Besitzer mittels verbotener Eigenmacht abgenommen worden ist. Doch ist nicht nötig, dass der Dritte den Tatbestand als verbotene Eigenmacht erkennt; auch wenn er den Täter zur verbotenen Eigenmacht für berechtigt hielt, geht das Recht gegen ihn. (A. A. Cosack II, S. 84, Beispiel 2.) Staudinger behauptet: Nur bei Verfolgung auf frischer Tat darf dem Täter die weggenommene Sache wieder abgenommen werden (S. 22). Im Gesetzbuch steht das, genau genommen, nicht; dort heisst es: dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter.

Dennoch ist der Schluss abzulehnen, dass es genügt, den Eigenmächter auf frischer Tat betroffen zu haben, und dass man ihn dann nicht zu verfolgen braucht. Halten lässt sich ja eine solche Auffassung aus dem Gesichtspunkt, dass der Sachverhalt hier klar ist, da der bisherige Besitzer bestimmt weiss, auf welche Art der jetzige den Besitz erworben hat. Es liegt somit nicht die Gefahr vor, dass ein nicht fehlerhafter Besitzer durch das Selbsthülferecht des Besitzers verletzt wird. Dennoch hat der Satz nur die Bedeutung, dass es genügt, wenn die Tat sofort nach der Verübung entdeckt und dann die Verfolgung aufgenommen wird. Hält der bisherige Besitzer den jetzigen irrtümlich für fehlerhaft, so trägt er die Gefahr. Er macht sich eventuell schadensersatzpflichtig.

Bekker ist der Ansicht, dass man dem Entwender die Sache in dessen Haus nur abnehmen darf, wenn man zugleich mit dem Verfolgten in's Haus eingedrungen ist. Aus dem Gesetz folgt das nicht. Einen Hausfriedensbruch kann man in Ausübung dieses Rechtes nicht begehen, weil keine Widerrechtlichkeit vorliegt; hält man sich für berechtigt, so fehlt die subjektive Widerrechtlichkeit.

Die Rechte der Abwehr und Nachteile stehen dem Besitzer zu. Natürlich kann sich dieser anderer zur Erreichung seiner Zwecke bedienen. Bei Ausübung dieses Rechtes kommen § 123 Ab. 3, 124, 125 St. G. B. nicht in Anwendung, weil keine Widerrechtlichkeit vorliegt, (123, 24) und weil Ausübung eines Rechts keine Gewalttätigkeit ist (125). § 126 St. G. B. ist nicht ausgeschlossen. Auch unaufgefordert kann man sich an der Verfolgung beteiligen; selbstverständlich immer nur als Helfer des Besitzers; gibt dieser die Verfolgung auf, so hat ein Dritter das Verfolgungsrecht nicht; ebenso wenig, wenn der Besitzer diese Rechte nicht wahrnimmt, wenn vielleicht auch aus Unkenntnis. Für die dringendsten Fälle sorgen hierschon § 227 B.G.B. sowie § 127 St. P.O.

2. Selbständige „Ausübung" dieser Rechte haben die Besitzdiener, d. h. sie können sie ohne besondere Ermächtigung des Besitzers ausüben; gegen seinen Willen nicht. Verpflichtet sind sie nicht zur Ausübung.

3. Ob der mittelbare Besitzer diese Rechte selbständig hat, soll unten behandelt werden.

Hat der Entwender Besitz, solange er verfolgt wird? Bei Grundstücken ist die Frage durch den Wortlaut bejaht. Bei beweglichen Sachen kann es zweifelhaft sein. Die Frage ist von einiger praktischer Bedeutung. Hat der Entwender Besitz, so kann er ihn auch übertragen, und dieser Besitz ist nur dann fehlerhaft, wenn der Erwerber die Fehlerhaftigkeit kennt, hat er den Besitz nicht so hat ihn der Verfolger, und jeder, der die Sache inne hat, ist fehlerhafter Besitzer. Ich beziehe mich auf ein Beispiel von Cosack Seite 97.

Jemand verfolgt einen Kartoffeldieb auf frischer Tat. Der Dieb wirft den gestohlenen Sack Kartoffeln auf der Flucht einer am Wege sitzenden Frau als Geschenk zu. Der Bestohlene darf der Frau den Sack nur dann gewaltsam entreissen, wenn sie den Diebstahl ihres Geschenkgebers kannte. „Kennen müssen genügt nicht."

Der Fall ist so erzählt, als ob er das Gesetz ad absurdum führen soll. Das ist auch leicht erklärlich, denn Cosack hatte schon den gleichlautenden § 818 erster Lesung für zu eng erklärt. (Auch Strohal wollte der Kenntnis die durch grobe Fahrlässigkeit verursachte Unkenntnis gleichstellen.)

Man darf sich dennoch nicht verleiten lassen, um der von Cosack gezogenen Konsequenz zu entgehen, Besitz auf Seiten des Entwenders, solange er verfolgt wird, zu leugnen. Wie sollte entschieden werden, ob Besitz während der Verfolgung durch

den entsetzten Besitzer übertragen worden ist, oder nach deren Aufgabe! Davon kann die Sicherheit des Besitzes eines Dritten nicht abhängig gemacht werden. Es entspricht auch durchaus dem Willen des Gesetzgebers, die Selbsthülfe möglichst einzuschränken.

Diesem Zweck dient auch die zeitliche Begrenzung des Rechts des Besitzers. Er hat sie „bei frischer Tat“ und „sofort nach der Entsetzung.“ Sofort ist, anders als unverzüglich, rein objektiv aufzufassen; Kenntnis von der Entsetzung ist gleichgültig; eine bestimmte Frist lässt sich nicht angeben.

Die Wiederbemächtigung braucht nicht sofort nach der Entsetzung vollendet zu werden; es genügt, dass ihre Anfänge nahe an die Entsetzung heranreichen. Gewisse Vorbereitungen darf der Entsetzte also treffen, bevor er zur Selbsthülfe schreitet. (Protokolle S. 3359.)

Neben der Selbsthülfe hat der Besitzer die Klagen wegen Entziehung und Störung des Besitzes. (861 und 862.)

Gemeinsam für beide Klagen gilt folgendes:

Beide beruhen auf verbotener Eigenmacht. Ergibt sich aus dem Vorbringen der Parteien, dass keine verbotene Eigenmacht begangen worden ist, so ist die Klage nicht schlüssig. Einreden aus dem Recht dürfen nicht vorgebracht werden. Dies ist

darum selbstverständlich, weil auch die Klage nicht auf ein Recht gegründet ist.

Der Gesetzgeber hat hier aber nicht einen ähnlichen Weg wie z. B. beim Urkundenprozess eingeschlagen: einen besonderen Besitzprozess gibt es nicht. Deshalb kann die Klage aus dem Recht neben der Klage aus dem Besitz angestellt werden. Beide können sogar in einer Klage verfolgt werden, sofern die Voraussetzungen des § 260 C. P. O. erfüllt sind.

Schadensersatz wird im Gegensatz zum gemeinen Recht mit den Besitzklagen nicht erreicht; vielmehr müssen Schadensersatzansprüche besonders begründet werden.

Eine zeitliche Begrenzung gibt der § 864. Zwischen der Verübung der Eigenmacht und der Anstellung der Klage darf höchstens ein Jahr liegen. Eine Klage, die ausschliesslich auf verbotene Eigenmacht stützt, ist abzuweisen. Es muss sich aus dem Vorbringen der Parteien ergeben, dass die Störung noch kein Jahr zurückliegt. Die Beweislast trifft den Kläger. (A. A. Strohal, Seite 119.)

Ausserdem erlöschen die besitzrechtlichen Ansprüche, wenn nach Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, dass dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann. Auch hier liegt nicht wie bei der Verjährung ein Gegenrecht vor, auf das sich Be-

klagter berufen muss, wenn es wirksam sein soll. Mit Unrecht nimmt Plancks Kommentar „Recht an der Sache" hier im technischen Sinn; es genügt jedes Recht, vermöge dessen man die Herstellung des jetzt bestehenden Besitzstandes verlangen kann. So Strohal Seite 120. Ähnlich Fischer-Henle: „Analoge Ausdehnung auf Miete und Pacht scheint geboten." (Anm. 7 zu 864.)

Die Klage geht gegen denjenigen, der dem bisherigen Besitzer gegenüber fehlerhaft besitzt, oder gegen den Störer. Doch brauchen diese die Störung oder Entziehung nicht bewirkt zu haben, z. B. der Bursche eines Offiziers hat Decken für die Pferde seines Herrn entwendet; die Köchin des Hauses wirft die Küchenabfälle auf ein Nebengrundstück. Hier ist auch der Offizier fehlerhafter Besitzer; auch der Hausherr Besitzstörer.

Die Motive (S. 126) erklären es für unbeachtlich, wenn der im Besitz Gestörte wegen Besitzentziehung klagt und umgekehrt. Es liegt also keine Klageänderung vor, wenn dies später geändert wird.

Ferner kann gegen beide Klagen die exceptio vitiosae possessionis vorgebracht werden. Der Beklagte kann also dem Kläger entgegenhalten, dass er ihm nur gleiches mit gleichem vergolten habe.

Auch diese Tatsache ist von Amts wegen zu beachten, sofern sie sich aus dem Vorbringen der Parteien ergibt. Sie ist aber entsprechend dem § 864 I nur dann entscheidend, wenn die beiden Besitzentziehungen nicht weiter als ein Jahr aus-

einander liegen. Der Zeitpunkt der Anstellung der Klage ist also unerheblich.

Die Anerkennung der exceptio hat nicht die Bedeutung, dass damit die zweite Eigenmacht den Charakter der Widerrechtlichkeit einbüsst, sondern es sollen nur zwei Prozesse vermieden werden.

Den Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes hat der bisherige Besitzer, sowie der Erbe des Besitzers. Dies ergibt aber der § 1922 Abs. 1, nicht wie Staudinger III 1a will, auch der § 857. Der Anspruch kann für sich zediert werden.

Bei Übertragung eines Vermögens (419 B. G. B.) gehen die Besitzansprüche mit über. Dasselbe gilt bei Übernahme eines Handelsgeschäfts, sofern die im Betriebe begründeten Forderungen übergehen (§ 25 H. G. B.). Passiv legitimiert sind ausser demjenigen, der dem bisherigen Besitzer gegenüber fehlerhaft besitzt, der Erbe des fehlerhaften Besitzers und wer beim Erwerb die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers kennt (siehe oben). Das Gesetz sagt bei den beiden zuletzt genannten nur, dass sie die Fehlerhaftigkeit gegen sich gelten lassen müssen. Bunsen (Einführung in das B.G.B.) zieht daraus die Folgerung, dass der Besitz selber bei den beiden zuletzt genannten nicht fehlerhaft sei. Ein Nachfolger im Besitz müsste hier also immer fehlerfreier Besitzer sein. Dagegen mit Recht Strohal, Seite 124.

Wie ist folgender Fall zu beurteilen? Der Eigenmächter überträgt den Besitz der entwendeten

Sache, ich nehme an, dass er nicht einmal mittelbarer Besitzer bleibt. Noch vor Ablauf eines Jahres seit der von ihm verübten Eigenmacht bekommt er die Sache wieder, und die Klage wegen Entziehung wird auch noch rechtzeitig angestellt. Gilt auch hier der Grundsatz, dass jeder Nachfolger eines fehlerfreien Besitzers fehlerfreien Besitz erlangt? Die Frage muss verneint werden.

Kann gegen den „Dieb des Diebes“ (Fischer-Henle Anm. zu 858) der Anspruch geltend gemacht werden? Der Fischer-Henlesche Kommentar verneint dies und fordert mit Recht derivativen Besitzerwerb beim Nachfolger. Die Ausdehnung der Spolien-Klage gegen den spolii conscium wird, in Übereinstimmung mit dem kanonischen Recht, aus der Annahme einer nachträglichen Teilnahme gerechtfertigt. (Protokolle S. 3353.) Dies ist nur bei Besitzübertragung anzunehmen. (Anderer Ansicht ist Strohal Seite 123 Anm. 114. Turnau-Förster Anm. 2 zu 858; Planck 3 Anm. 36 zu 858.)

Diese Anschauung ist natürlich für das ganze Besitzrecht von Bedeutung, wird aber wohl nur beim vorliegenden Anspruch praktisch werden.

Gegen den Besitzdiener geht die Klage nicht. Ist es streitig, ob der Beklagte Besitzdiener ist oder Besitzer, so trifft den Kläger die Beweislast. Anderer Ansicht Turnau-Förster, der sich darauf stützt, dass der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt habe und somit vermutet würde, er sei auch Besitzer. (Anm. zu 858.) Nach der oben von mir gegebenen

Darstellung liegt beim Besitzdiener kein Besitztatbestand vor — demnach verteilt sich die Beweislast nach allgemeinen Regeln.

Die Besitzstörungsklage ist wohl die Klage des Besitzrechtes, die praktisch die grösste Wichtigkeit hat.

Die Klage steht dem Besitzer zu, dessen Erben auf Grund des § 857. Abtretung des Anspruches wird nicht vorkommen, da die Beseitigung der Störung nur für den Besitzer Wert hat. Nach der Natur der Störungen ist der Klageanspruch verschieden gestaltet. Ist die Störung körperlich andauernd, z. B. auf dem Grundstück des Besitzers ist Schutt abgeladen worden, so kann Beseitigung der Störung verlangt werden. Die Zwangsvollstreckung richtet sich nach § 887 C.P.O. Wenn die zur Beseitigung der Störung verurteilende Entscheidung vollstreckbar geworden ist (R. G. 34; 173), kann demnach der Besitzer auf Kosten des Schuldners die Störung beseitigen lassen, und auch selber beseitigen (R. G. 18; 433), sofern er dazu auf seinen Antrag vom Prozessgericht erster Instanz ermächtigt worden ist. Zugleich kann der Besitzer beantragen, den Gläubiger in die wahrscheinlichen Kosten zu verurteilen.

Besteht die Störung nicht mehr, so ist die Klage an sich nicht gegeben. Hört die Störung vor dem Urteil auf, so wird Beklagter in die Kosten verurteilt.

„Die lediglich in der Vergangenheit liegende Handlung verbotener Eigenmacht ist als solche,

wenn sie nicht auf einem Verschulden beruht, rechtlich überhaupt bedeutungslos." (Denkschrift zum B. G. B. 165.) Die Besitzstörung kann aber psychisch fortwirken. In diesem Fall geht die Klage auf Unterlassung von Störungen. Wenn z. B. von einem Militärschiessplatz Geschosse auf ein Grundstück hinüberfliegen, so kann die Beseitigung der auf dem Grundstück befindlichen Geschosse gefordert werden und das Unterlassen weiteren Schiessens. Blosses Berühmen wird nicht als Besitzstörung gelten können, hier genügt die Feststellungsklage, doch wird es die Besorgnis weiterer Störungen begründen. Was aber der Eigentümer eines Grundstücks sich gefallen lassen muss, dass muss auch der Besitzer aushalten; soweit wie das Nachbarrecht Einwirkungen auf das Grundstück gestattet, liegt keine Besitzstörung vor. Die Zwangsvollstreckung bei der Klage auf Unterlassung regelt sich nach § 890 C. P. O.

Wenn jemand im Auftrage eines andern gehandelt hatte, so war es nach bisherigem Recht streitig, ob die Klage auch gegen den Beauftragten ging.

Hier ist zu sagen: Hat jemand als Besitzdiener im Auftrag seines Herrn gehandelt, so ist die Frage zu verneinen, denn der Besitzdiener ist tatsächlich meistens nicht in der Lage, gegen den Willen seines Herrn die Störung zu beseitigen. Ebenso würde er bei einem Urteil auf Unterlassung häufig in Konflikt mit seinem Herrn kommen. Ein Urteil gegen den Herrn genügt ja auch. (A. A. Turnau-Förster Anm. zu 862.) Stört der Besitzdiener gegen den

Willen des Herrn, so geht die Klage gegen ihn und den Herrn.

Ausserdem hat der Besitzer das Recht des § 867: „Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstücks die Aufsuchung und die Wegschaffung zu gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist. Der Besitzer eines Grundstücks kann Ersatz des durch die Aufsuchung und die Wegschaffung entstehenden Schadens verlangen. Er kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird, die Verweigerung ist unzulässig, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.“

Der Besitzer der verlorenen Sache hat nicht eigentlich das Recht, seine Sache zu suchen, vielmehr hat der Besitzer des Grundstücks, worauf eine Sache geraten ist, die Nachsuchung zu gestatten. Dies ergibt sich daraus, dass er unter Umständen die Gestattung verweigern kann, regelmässig die Nachsuchung also ausdrücklich gewähren muss. In Betracht wird dieser Paragraph hauptsächlich dann kommen, wenn beim Aufsuchen ein Schade befürchtet wird. Sonst wird der § 904 in Anwendung kommen, der auch gegen den Besitzer geht. Denn eine Einwirkung auf ein Grundstück, die sich ein besitzender Eigentümer gefallen lassen muss, muss auch ein Pächter vertragen. Der Eigentümer kann

ihm ja auch das Nutzungsrecht nur in dem Umfange gestatten, wie er es selbst hat.

Das Recht fällt fort, wenn die Sache inzwischen vom Besitzer des Grundstücks oder einem Dritten in Besitz genommen worden ist. Hat der Besitzer der Sachen hier Besitzschutz? Richtig unterscheidet Strohal (53 und 54) danach, ob der bisherige Besitz durch „das aus der Gewalt geraten" beendigt worden ist oder nicht

Schadensersatz muss unabhängig vom Verschulden geleistet werden. Ob wichtige Gründe den Besitzer berechtigen, die Gestattung zu verweigern, ist bestritten. Dafür ist Bekker (Seite 20 a. a. O.); dagegen Planck (Bem. 4 zu 867). Man wird der Bekkerschen Ansicht folgen müssen. In diesem Fall ist der Besitzer aber zur Herausgabe der Sache verpflichtet.

Es bleibt noch übrig, den mittelbaren Besitz zu behandeln. Zunächst ist die Frage zu erledigen, wann er vorhanden ist.

Das Gesetzbuch definiert (§ 868): „Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

Voraussetzung ist also zunächst, dass ein anderer, als der mittelbare Besitzer, die Sache besitzt. Ein blosser Anspruch auf Herausgabe macht aber den Gläubiger noch nicht zum mittelbaren Besitzer. Wenn der Vermieter die Sache noch nicht übergeben hat, ist der Mieter nicht etwa schon mittelbarer Besitzer. Vielmehr muss, wo Doppelbesitz an der Sache bestehen soll, eine Übertragung des Besitzes stattgefunden haben, aus dem kausalen Rechtsverhältnis aber hervorgehen, dass diese Übertragung nur auf Zeit gelten soll. Der mittelbare Besitz hat demnach die Tendenz, wieder unmittelbar zu werden. Fraglich ist, ob das kausale Rechtsverhältnis ein Vertrag sein muss. Man muss das verneinen. Der Ehemann, der Nachlasspfleger, Testamentsvollstrecker usw. vermitteln den Besitz für die Herren des Vermögens.

Es wird also auch dann mittelbarer Besitz begründet, wenn man die Sachen eines andern einseitig auf Zeit in Besitz nimmt, sofern man dazu berechtigt ist.

Deshalb wird man auch annehmen müssen, dass der Finder Besitzvermittler ist; obwohl Finden nicht eigentlich ein Recht sondern nur nicht verboten ist. Der unehrliche Finder ist allerdings dem Dieb gleichzustellen, der ehrliche Finder dagegen ähnelt dem Verwahrer. Zwar wird sich kaum eine Gelegenheit dazu finden, dass der mittelbare Besitz des Verlierers in Wirkung tritt, solange der Finder den Verlierer nicht kennt, und umgekehrt. Und

wenn dies der Fall ist, werden beide Teile eilen, das Verhältnis zu beendigen. (Wendt A. f. d. c. P. Bd. 87 S. 62, A. A. Stohal S. 22 ff., Gierke, Verhandlungen des 24. Juristentages Bd. III S. 24.)

Auch durch verbotene Eigenmacht kann man mittelbaren Besitz begründen, z. B. der Mieter nimmt die ihm vermietete Sache gewaltsam in Besitz. Die Organe der juristischen Person sind nicht Besitzvermittler, denn sie sind nicht Besitzer.

Gleichgültig ist, ob das Rechtsgeschäft gültig ist. Es genügt die Vorstellung eines gültigen Rechtsgeschäftes.

Die Abgrenzung gegen die Besitzdiener wird nicht immer ganz leicht sein. Häusliche Gemeinschaft spricht für Besitzdienerschaft; ebenso kurze Dauer der Ausübung der Gewalt. Eigenes Interesse an der Inhabung schliesst die Besitzdienerschaft nicht aus.

Über das Wesen und demgemäss über die Bedeutung des mittelbaren Besitzes besteht lebhafter Streit. Nach Wendt (A. f. d. c. P. Bd. 87 S. 47, Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages Bd. 3 S. 6) ist der mittelbare Besitzer nicht wahrer Besitzer. Denn er hat sich jeder Einwirkung auf die Sache begeben. Nur aus leicht erkennbaren Billigkeitsgründen hat der Gesetzgeber demjenigen, der einen Anspruch auf Herausgabe hat, die Rechte des § 859 gegeben. Sonst ist das Rechtsinstitut nur da von Bedeutung, wo es ausdrücklich erwähnt wird. Dagegen behaupten Gierke (a. a. O. S. 29 ff.),

Bekker und Fischer-Henle die Wesenseinheit des mittel- und unmittelbaren Besitzes. Das Gesetzbuch habe nur den Anschauungen des Lebens Ausdruck gegeben, wenn es auch den mittelbaren Besitzer zu einem rechten Besitzer mache; denn beide hätten nach Anschauung des Verkehrs eine „tatsächliche Gewalt". Nur dort, wo das Gesetzbuch die Besitzarten trenne, seien sie, soweit es unumgänglich nötig sei, verschieden zu behandeln.

Staudinger ist im wesentlichen derselben Ansicht, geht aber in der Gewährung des Besitzschutzes viel weniger weit als Gierke. (Anm. zu 863.) Strohal will im einzelnen Fall untersuchen, ob beide Besitzarten gemeint sind (Seite 29 VI), schliesst sich damit also der Ansicht von Wendt an, die als die herrschende bezeichnet werden kann.

Für das eigentliche Recht des Besitzes ergibt sich demgemäss folgendes System von Fragen:

I. Hat der unmittelbare Besitzer gegen den mittelbaren die Besitzschutzmittel?
II. Hat sie der mittelbare Besitzer gegen den unmittelbaren?
III. Haben sie Dritte gegen den fehlerhaften mittelbaren Besitzer?
IV. Hat sie der mittelbare Besitzer gegen Dritte (vollständig und selbständig)?

Die Fragen müssen einzeln geprüft werden; aus dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich wenig für und gegen eine Ansicht entnehmen. Vorauszuschicken ist, dass einstimmig die Frage unter I

bejaht wird; dass ferner die Frage unter IV zum Teil vom Gesetz selbst durch den § 869 entschieden wird.

Hat der mittelbare Besitzer gegen den unmittelbaren Besitzer Selbsthülfe? Gierke bejaht die Frage. Wer das oben dargelegte gesetzgeberische Motiv des Besitzschutzes für richtig hält, wird sie verneinen müssen. Verbotene Eigenmacht kann derjenige, dem ich die Sache übergeben habe, nur in der Art begehen, dass er die Sache anders, als ich ihn dazu für berechtigt halte, behandelt. So liegt das Gefährliche der Gierkeschen Ansicht darin, dass sie eine Partei zum Richter über die Frage setzt, ob die andere ihre Rechte überschritten habe oder nicht. Man denke sich den Rechtsfrieden dadurch gewahrt, dass der Verpächter, wenn möglich mit Waffengewalt, den Pächter vom Gut vertreibt, wenn dieser ungewöhnlich irrationell wirtschaftet! Und der Pächter will sich doch auch schwerlich das Recht der Selbsthülfe „verkümmern" lassen.

Ja, wenn es von vornherein feststände, dass der Anfang gemacht würde, „die Sache zu verwüsten, das Landgut zu versumpfen, ein Haus zum Bordell einzurichten, ein edles Reitpferd als Karrengaul zu verwenden" (Gierke, 24. Juristentag Bd. III S. 37). Aber das wird doch der andere Teil bestreiten. Nach ihm wird man das Landgut bewässern, das edle Pferd angemessen beschäftigen, damit es nicht zu viel Fett ansetzt, ein Erholungsheim für Damen einrichten wollen u. s. f. Hier

überall dem mittelbaren Besitzer die Besitzselbsthülfe zuzugestehen, heisst nichts anderes, als den obersten Grundsatz jedes Zivilprozesses verletzen: audiatur et altera pars.

Die Gewähr eines schleunigen Rechtsschutzes ist darum doch gegeben. In den Fällen, wo die §§ 227, 229 ff. B. G. B. nicht ausreichen sollten, bleibt dem Gefährdeten der Schutz durch einstweilige Verfügung. Hier bedarf es nur einer Glaubhaftmachung der Gefahr, die Entscheidung kann ohne vorhergehende mündliche Verhandlung erfolgen (937 C. P. O.); über ein dahin zielendes Gesuch kann der Vorsitzende allein entscheiden (944 C. P. O.); für grösste Eile ist also gesorgt.

Gegen den Gerichtsschutz wegen Eigenmacht sprechen nicht dieselben Erwägungen. Es wäre aber überflüssig, dem mittelbaren Besitzer diese Ansprüche zu geben.

Die Klage wegen Entziehung geht auf Wiedereinräumung des Besitzes, diesen Anspruch aber hat der mittelbare Besitzer schon so wie so. Allerdings will Gierke die Klage dann geben, wenn der Pächter Eigenbesitz statt Pachtbesitz fortsetzen will. Aber auch in diesem Fall kann aus dem für den Anspruch auf den Besitz massgebenden Rechtsverhältnis geklagt werden.

Für eine Klage wegen Besitzstörung ist ebenso wenig Anlass.

Sie wäre denkbar für Fälle, wo der unmittelbare Besitzer die von ihm besessene Sache anders

behandelt, als er nach dem kausalen Rechtsgeschäft dazu berechtigt und verpflichtet ist. — Erstens steht hier dem mittelbaren Besitzer § 256 C. P. O. zur Seite (die Feststellungsklage). Ferner sind aber für jedes Rechtsverhältnis einzelne Bestimmungen getroffen, die analog angewandt werden müssen, sobald ein Vertrag vorliegt, der im Katalog des B. G. B. nicht enthalten ist.

Für die Miete kommt § 550 in Betracht. Der Mieter kann auf Unterlassung klagen. Beseitigung der Störung ist hier unterlassen des vertragswidrigen Gebrauchs; ebenso Wegnahme von Anlagen, die er vertragswidrig errichtet.

Daneben ist der Vermieter durch § 553 geschützt; er kann den Vertrag durch sofortige Kündigung zerbrechen. Er soll eben der schlechten Behandlung seiner Sachen ein Ende machen können, und nicht allein auf eine praktisch vielleicht unbrauchbare Schadensersatzklage angewiesen werden. Gleiches gilt für die Pacht. Allerdings hat er durch die Kündigung den Besitz noch nicht ohne weiteres wieder. Das zugrunde liegende Rechtsverhältnis besteht zwar nicht mehr, aber der Besitz des Mieters ist deshalb nicht fehlerhaft, weil er ihn dem Vermieter nicht entzogen, d. h. gegen dessen Willen erlangt hat.

Ebenso ist der Verleiher gesichert. Ist keine Zeit für die Leihe bestimmt, so genügt natürlich 604 II, ist Leihe auf bestimmte Zeit vereinbart, so tritt 605 II in Wirksamkeit.

Beim Dienstvertrag hat der Dienstnehmer meistens die Stellung eines Besitzdieners. Wo dies nicht der Fall ist, kann ich auch hier kündigen, da jeder wichtige Grund genügt.

Ferner aber ergibt sich die Pflicht, die Sache sorgfältig zu behandeln, aus dem Vertrag, und zwar als eine sofort fällige. Ich kann also auch hier aus dem Vertrag auf Erfüllung, d. h. Unterlassung der schädigenden Handlung klagen.

Dasselbe gilt für den Werkvertrag. Hier wird es besonders wichtig sein.

Ich habe zwar auch hier das Recht, jederzeit den Vertrag zu kündigen, der andere behält dann aber seinen Anspruch. Es wird hier aber häufig daran liegen, dass mein Gegenkontrahent beim Vertrag gehalten wird. Man denke z. B. den Fall, dass ich einem Maler, der mir als tüchtig bekannt ist, ein Bild zum Restaurieren gebe, und erfahre dass er es im feuchten Keller verwahrt.

Ebenso wird der Hinterleger gesichert. Für die Gesellschaft und Gemeinschaft kommt nur Mitbesitz, nicht mittelbarer Besitz in Frage.

Dem Niessbraucher gegenüber wahren die Rechte des Eigentümers die §§ 1052, 53, 54, den Verpfänder schützt der § 1217.

Allen diesen Klagen gegenüber hat die Besitzstörungsklage keinen Vorzug. Denn wenn ich mit ihr ein obsiegendes Urteil erstreite, so habe ich damit auch noch nicht ohne weiteres die Beseitigun ; der Störung erlangt. Die Zwangsvollstreckung

bleibt auch hier noch. Es liegt also kein Grund vor, sie dem mittelbaren Besitzer zu geben, im Gegenteil spricht für die Versagung auch der Umstand, dass stets auf das Recht zum Besitz eingegangen werden müsste, wenn man entscheiden wollte, ob Besitzstörung vorliegt.

III. Frage: Haben Dritte gegen den fehlerhaften mittelbaren Besitzer Selbsthülfe? Der Dieb hat z. B. auf der Verfolgung das gestohlene Rad verliehen. Der Erwerber des Besitzes kennt die Fehlerhaftigkeit nicht. Die Möglichkeit scheitert hier daran, dass ich dem die Sache nicht abnehmen kann, der sie nicht hat.

Ob die Besitzansprüche gegen den fehlerhaften mittelbaren Besitzer gehen, ist streitig.

Was den Anspruch wegen Entziehung anlangt, so geht er auf Herausgabe der Sache, ebenso wie der Eigentumsanspruch. Für diesen ist die Passivlegimation des mittelbaren Besitzers vor allen Dingen von Wendt bestritten worden (24. Juristentag Bd. III S. 3 ff.), während Gierke (24. Juristentag, Bd. III S. 29 ff.) und Strohal (44—49) sie bejahen.

Wendt bestreitet die facultas restituendi beim mittelbaren Besitzer, von einer bedingten Verurteilung, oder der Übertragung des mittelbaren Besitzes habe er nicht mehr als vom Eigentumsanspruch, ein Urteil auf Herausgabe sei nicht vollstreckbar beim Beklagten.

Diese Erwägungen würden auch die Passivlegitimation des fehlerhaften Besitzers, sofern er nur mittelbar besitzt, ausschliessen. Sie können hier

aber noch weniger, als beim Eigentumsanspruch, durchgreifen, weil diesem ein dingliches Recht zugrunde liegt, was hier häufig fehlen wird. Irgend welche Unzuträglichkeiten können sich hieraus nicht ergeben.

Die Klage ist immer auf Übertragung des mittelbaren Besitzes zu richten. Durch das verurteilende Erkenntnis tritt der Entsetzte mit allen Rechten und Pflichten in das zwischen dem fehlerhaften Besitzer und dessen Unterbesitzer bestehende Rechtsverhältnis.

IV. Hat der mittelbare Besitzer Selbsthülfe gegen Dritte, die Eigenmacht gegen den Besitzmittler begehen?

Die Frage wird gewöhnlich verneint. So Wendt (S. 50), Cosack, weil die entscheidende Gesetzesstelle (§ 859) das Selbsthülferecht des mittelbaren Besitzers nicht ausdrücklich erwähne. (S. 82.) Ebenso Planck Anm. 2 zu 869, Staudinger Anm. 1 zu 869. Strohal, Seite 51 und 52.

Anderer Ansicht sind Gierke (24. Juristentag III S. 38), Bekker (a. a. O. S. 68), Fischer-Henle 869.

Es ist vorweg zu bemerken, dass Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer nur verübt werden kann durch Eigenmacht gegen den unmitelbaren Besitzer.

Warum man aber dem mittelbaren Besitzer das Selbsthülferecht versagen will, wenn verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer begangen wird, sehe ich nicht ein. Der Wortlaut

des Gesetzes zwingt jedenfalls nicht dazu; dagegen sind diese Rechte für den mittelbaren Besitzer entschieden von Wert. Es kommen sicherlich häufig Fälle vor, wo der unmittelbare Besitzer von der verbotenen Eigenmacht nichts weiss. Aber auch wenn er sie kennt, an der Verfolgung sich aber aus Trägheit nicht beteiligt, kann der mittelbare Besitzer die Selbsthülfe ausüben, um die entzogene Sache dem Besitzmittler zu geben, oder, wenn dieser sie nicht haben will, sie für sich zu behalten. Allerdings scheint dies dem Satz zu widersprechen, dass keine Eigenmacht vorliege, wenn der Besitzmittler die Einwirkung gestatte. Aber im Nichtverfolgen liegt noch keine Genehmigung der verbotenen Eigenmacht. Dem unmittelbaren Besitzer bleiben ja noch immer die Rechte der §§ 861 und 862.

Diese Rechte stehen auch dem mittelbaren Besitzer zu und zwar selbständig, unabhängig vom unmittelbaren. Das heisst, er kann ohne Ermächtigung des unmittelbaren Besitzers klagen. Ist aber von einem Besitzer Klage erhoben, so steht dem anderen die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen. Erheben beide gleichzeitig Klage, so geht der unmittelbare Besitzer vor.

Der mittelbare Besitzer muss bei Klage wegen Entziehung entweder beantragen, den Beklagten zu verurteilen, die Sache an den bisherigen Besitzer herauszugeben, oder muss auf Herausgabe an sich klagen. Hier hat er zu beweisen, dass der unmittelbare Besitzer den Besitz nicht wieder übernehmen

kann oder will. Wechselt er im Laufe des Rechtsstreites zwischen beiden Anträgen, so liegt keine Klageänderung vor.

Endlich sei noch auf die Frage eingegangen, ob das bürgerliche Gesetzbuch unter dem Besitz ein Recht oder eine Tatsache versteht.

Die letztere Ansicht kann als die herrschende bezeichnet werden, dagegen behaupten vor allem Bekker und Gierke das Gegenteil. (vgl. auch Frank S. 52, Staudinger Vor. VII. zu 854.)

Beweismittel für diese Behauptung sind

1. der § 857,
2. die allgemeine anerkannte Tatsache, dass juristische Personen Besitz haben (über beide Punkte cf. Bekker in den Beiträgen von Bernhöft und Binder, Heft I. S. 15 ff.),
3. der mittelbare Besitz (Gierke, Fahrnisbesitz. S. 9),
4. die Unmöglichkeit, sonst eine Schadensersatzpflicht nach § 823 B. G. B. bei Verletzung des Besitzes zu begründen. (Frank, Besitzwille, S. 53).

Ausserdem macht Bekker darauf aufmerksam, dass, wenn wirklich tatsächliche Gewalt und Besitz dasselbe wären, der § 854 besagte:

Die tatsächliche Gewalt über eine Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.

Gegen das letzte Argument ist zu sagen, dass der § 854 genau dem § 7 B. G. B. entspricht:

„Wer sich an einem Ort ständig niederlässt, begründet an diesem Ort seinen Wohnsitz."

Auch hier könnte man behaupten, dass das Wohnen dem Wohnsitz gegenüber gestellt wird, und daraus die Natur des Wohnsitzes als einer juristischen Tatsache bestreiten. Das erscheint mir nicht richtig; in beiden Fällen wird einer ausnehmend wichtigen juristischen Tatsache ein besonderer Name gegeben. Die tatsächliche Gewalt tritt über ins Gebiet des Rechtes und heisst jetzt Besitz.

Dass die unter 1 und 2 angeführten Gründe nicht stichhaltig sind, haben wir schon bewiesen.

Dem unter 3 angeführten Bedenken mag entgegen gehalten werden, dass Gierke selbst an anderer Stelle (24. Juristentag, Bd. III S. 32.) den mittelbaren Besitz ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis nennt.

Endlich ist auch ohne die Annahme, dass der Besitz ein Recht sei, die Möglichkeit vorhanden, wegen Verletzung des Besitzes eine Schadensersatzpflicht anzuerkennen, indem man sich nämlich auf den § 823_2 beruft und in den Besitzvorschriften ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz sieht.

Zugegeben ist dagegen, dass man als Reflexwirkung des Verbots der Eigenmacht ein subjektives Recht des Besitzers, einen latenten Anspruch gegen jedermann, dieses Verbot zu respektieren, annehmen

kann. Dies scheint Cosack mit dem Satz ausdrücken zu wollen: „Der Besitz ist kein Recht, verleiht aber ein Recht“ (Bd. II S. IV und 61,4). Ebenso Windscheid-Kipp (S. 697) nach welchem das B. G. B. dieses subjektive Recht gleichfalls Besitz nennt. Diese Auffassung wird besonders dann ohne weiteres einleuchten, wenn man im subjektiven Recht mit Ihering lediglich das rechtlich geschützte Interesse sieht; sie wird also in letzter Linie davon abhängen, worin man das Wesen des subjektiven Rechtes erblickt. Darauf kann hier nicht näher eingegangen werden.

Zum Schluss sei noch darauf hingewiesen, dass der Besitz im B. G. B. unter Umständen auch dort von Bedeutung ist, wo er nicht ausdrücklich genannt ist. Insbesondere bedeutet übergeben (§§ 929, 433) und überlassen (§ 571) Einräumung des unmittelbaren Besitzes.

Dagegen kann die Frage, ob in einer Bestimmung Besitz im Sinne von unmittelbarem, mittelbarem oder Eigenbesitz zu verstehen ist, nur bei Gelegenheit der einzelnen Rechtsinstitute erörtert werden. Aus diesem Grunde musste auch von einer Behandlung des Eigenbesitzes abgesehen werden, weil er für das eigentliche Recht des Besitzes, den Besitzschutz, nichts eigenartiges bietet.